

المعروف

عَلَى مَنْزِلَتِ عَالَمِ الْمَدِينَةِ



القاضي أبي محمد بن عبد الله بن قتيبة
المرقسي سنة ١٢٩٦ هـ

ALFA ROMEO

[illegible]

MILNER'S PATENT

MILNER'S PATENT

ملعون بن أنس

على مذهب عالم المدينة

أبي عبد الله مالك بن أنس إمام دار الهجرة

تصنيف

القاضي أبي محمد عبد الوهاب علي بن نصر المالكي

المتوفى سنة ٤٢٢ هـ

تحقيق

محمد حسن محمد حسن (سبحه الله)

الجزء الثاني

منشورات

محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

١٤ كتاب البيوع^(١)

الربا^(٢) فى المبيعات يكون من وجهين وهما التفاضل^(٣) والنساء^(٤).

فأما التفاضل فالذى ورد النص به وانعقد الإجماع عليه: هو فى الجنس الواحد من الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح والأصل فيه قوله ﷺ: «الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما»^(٥)، وقوله: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين»، وقوله: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض»^(٦)، وقال ابن عمر: الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما هذا عهد نبينا ﷺ إلينا وعهدنا إليكم^(٧)، وما روى عن ابن عباس فى ذلك فقد ثبت رجوعه عنه^(٨).

(١) البيع فى اللغة: مصدر بعت، يقال: باع يبيع بمعنى ملك وبمعنى اشترى، وكذلك شرى يكون للمعنيين وحكى الزجاج وغيره: باع وأباع بمعنى واحد وقال غير واحد من الفقهاء: واشتقاقه من الباع لأن كل واحد من المتعاقدين يمد باعه للأخذ والإعطاء. المطلع (ص/٢٢٧).

وفى الاصطلاح: (هو عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة للذة) شرح حدود ابن عرفة (١/٣٢٦).

(٢) هو الزيادة والنماء. القاموس المحيط (٤/٣٣٢).

(٣) أى: الزيادة وهى ضد النقص. القاموس المحيط (٤/٣٣١).

(٤) التأجيل أى: التأخير. القاموس المحيط (١/٣٠).

(٥) أخرجه مسلم: المساقاة (٣/١٢١٢) ح (٨٥/١٥٨٨) والنسائى: البيوع (٧/٢٤٤) (باب بيع الدينار بالدينار)، وابن ماجه: التجارات (٢/٧٦٠) ح (٢٢٦١).

(٦) أخرجه مسلم: المساقاة (٣/١٢٠٩) ح (٧٨/١٥٨٥)، ومالك فى الموطأ: البيوع (٢/٦٣٣) ح (٣٢).

(٧) أخرجه البخارى: البيوع (٤/٤٤٤) ح (٢١٧٧) ومسلم: المساقاة (٣/١٢٠٨) ح (٧٥/١٥٨٤).

(٨) أخرجه مالك فى الموطأ: البيوع (٢/٦٣٣) ح (٣١)، والبيهقى فى الكبرى (٥/٤٥٩) ح (١٠٤٩٢).

فصل

وموضوع كل جنس من ذلك لا يجوز بيعه بشيء من جنسه إلا مثلاً بمثل خلافاً لمن أجاز أن يستفضل بينهما قيمة الصياغة^(١) للظواهر التي ذكرناها وروى في هذا: أن صائغاً سأل ابن عمر فقال: أصوغ الذهب ثم أبيعه بأكثر من وزنه واستفضل فيه قدر عمل يدي، فنهاه ابن عمر عن ذلك، وقال: الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما، هذا عهد نبينا ﷺ إلينا وعهدنا إليكم^(٢)، ونحو هذا ما جرى بين أبي الدرداء ومعاوية في سقاية الذهب أو الورق^(٣)، وكتاب عمر رضى الله عنه إلى معاوية رحمه الله: لا تبع ذلك إلا مثلاً بمثل وزناً بوزن^(٤)، ولأنه ذهب بذهب فأشبه المضروب والمصوغ بالمصوغ.

فصل

وأما الأربعة المسميات فالأصل فيه حديث عبادة وغيره أنه ﷺ قال: «لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا البر بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح إلا سواء بسواء عيناً بعين يداً بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى»^(٥)، [ولا خلاف^(٦) في تحريم التفاضل في الجنس من هذه المسميات]^(٧)، وفي طريق آخر: «البر بالبر مدك بمد والشعير بالشعير مدك بمد والملح بالملح مدك بمد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى»^(٨)، ولا خلاف في تحريم التفاضل في الجنس من هذه المسميات^(٩).

(١) أجازاه بعض الخنابلة. انظر المغنى (٤/١٢٩).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه مالك في الموطأ: البيوع (٢/٦٣٤) ح (٣٣)، والبيهقي في الكبرى (٥/٤٦٠) ح (١٠٤٩٤).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه مسلم: المساقاة (٣/١٢١٠) ح (١٥٨٧/٨٠) وأبو داود: البيوع (٣/٢٤٥) ح (٣٣٤٩) والترمذي: البيوع (٣/٥٣٢) ح (١٢٤٠)، والنسائي: البيوع (٧/٢٤١) (باب بيع الشعير بالشعير). وابن ماجه: التجارات (٢/٧٥٧) ح (٢٢٥٤).

(٦) الإجماع لابن المنذر (ص/٩٢)، المغنى لابن قدامة (٤/١٢٤).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٨) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/٢٤٥) ح (٣٣٤٩)، والنسائي: البيوع (٧/٢٤١) (باب الشعير بالشعير).

(٩) الإجماع لابن المنذر (ص/٩٢)، المغنى لابن قدامة (٤/١٢٤).

فصل

التحريم متعلق بمعاني هذه المسميات دون أسمائها خلافاً لداود ونفاة القياس في قصرهم ذلك عليها دون تعديه إلى الفروع، فيتصور الخلاف معهم في الأرز والذرة والدخن والزبيب وغير ذلك مما لم يتناوله النص باسمه: فعندنا فيه الربا وعندهم لا ربا فيه، ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، والربا الزيادة في اللغة، ونهيه ﷺ عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل^(١) فعم، وقوله: «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم»^(٢)، فدل أن اتفاقهما مانع من التفاضل، وفي حديث عبادة أنه ﷺ قال: «لا تبيعوا الذهب بالذهب...» إلى أن قال: «حتى الملح بالملح»^(٣)، فجعل غاية لما ابتدأ به وهو الذهب والفضة والبر، فدل على أن ما بينهما في حكمها، ولأن ذلك مبني على صحة القياس وثبوت التعليل.

فصل

إذا ثبت أن هذه المسميات معللة وأن التحريم يتعلق بمعانيها، فالعلة فيها عندنا: أنها مأكولة مدخرة للعيش غالباً هذا حصر أوصاف العلة، ومن أصحابنا من يعبر عنها بالقوت وما يصلحه والمعنى واحد، وقال أبو حنيفة: العلة الكيل والوزن مع الجنس^(٤)، وقال الشافعي: العلة كونه مطعوماً جنساً^(٥).

فدليلنا: أنه قد ثبت أن نصه ﷺ على البر وما ذكر معه ليفيد به معنى لا يعلم مع عدمه ولا مع نصه على غيره، فلو أراد مجرد الأكل على ما يقوله الشافعي لاكتفى بالنص على واحد منها، إذ الأكل متساو في جميعها وليس يختلف عنده، فكان يذكر أصنافه لينبه على صنف بما ينص عليه منه، وكذلك لو أراد الكيل بمجردده لكان يكتفى أن ينص على واحد منها إذ الكيل متساو في جميعها، وعلى قولنا: لا يعرى نصه على

(١) أخرجه مسلم: المساقاة (١٢١٤/٣) ح (١٥٩٢/٩٣)، وأحمد: المسند (٤٢٩/٦) ح (٢٧٣١٧).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) قال الموصلي: (وعلته عندنا الكيل أو الوزن مع الجنس) الاختيار (٣٦/٢)، الهداية للمرغيناني (٦٧/٣).

(٥) الحاروي الكبير للمارودي (٨٣/٥).

كل واحد منها من فائدة فنصه على البر لينبه به على كل مقتات تعم الحاجة إليه وتقوم الأبدان بتناوله، ونصه على الشعير ليبين مشاركته للبر في ذلك، وإن انفرد بصفة بكونه علفاً وإنه يكون قوتاً حال الاضطرار فنبه على الذرة والدخن وغيرهما، ونصه على التمر لينبه به على كل حلاوة مدخرة غالباً لأصل المعاش كالعسل والزبيب والسكر وما فى معناه، ونصه على الملح تنبيهاً على أن ما يصلح المقتات من المأكولات فى حكمها كالأبازير^(١) وما فى معناها فبان صحة ما اخترناه، لأن تنبيهه ﷺ على العلل من أقوى ما يستدل به عليها، ولأنه قال: «حتى الملح» فجعله غاية بينه وبين ما نص عليه، وإنما هو غاية لأدناه وليس يضاف بالدناءة إلى الأقوات فقط، ولأن الطعم مراعى عندنا [وغير مراعى عندهم، وقد قال النبى ﷺ: «الطعام بالطعام مثلاً بمثل»^(٢) فوجب اعتبار الطعام ولأن التفاضل يحرم]^(٣) عندنا فى قليل المنصوص عليه وكثيره وعندهم لا يحرم إلا فيما يتأتى كيـله فيجوز عندهم الكف من الخنطة بالكفين والعموم يمنع، وربما سلك فى ذلك طريق القياس فقليل: لأن كل جنس حرم التفاضل فى كثيره حرم فى قليله كالذهب والفضة، ولأن علتهم فاسدة لأنها ترفع الأصل الذى انتزعت منه وهو عموم الخبر فى معنى التفاضل، والعلة إذا عادت لمخالفة أصلها وجب فسادها، ولأن الشئ الواحد إذا كان علماً على حكم لم يجز أن يكون علماً على ضده والكيل علم على التحليل فلم يكن علة للتحريم، ولأن علتنا أرجح لأن الربا إنما حرم حراسة للأموال وحفظاً لها، فكان فى أغلى المكيلات كما كان فى أغلى الموزونات وهو الذهب والفضة.

فصل

فأما علة الذهب والفضة فكونهما أصول الأثمان وقيم المتلفات، وهذه العلة عندنا مقصورة والتعليل بها سائغ، لأن قصد التعدى فى العلة ليس فيه أكثر من تعذر القياس وذلك لأن يخرجها عن أن تكون علة كما لو نص على كونها علة وعلى منع القياس، ولأن قصرها لا يفيد منع الحمل للفرع عليها، وذلك مستفاد بالتعليل كالتعدى، ولأنه ﷺ لما نص على الذهب والفضة ولم ينص على ما سواهما دل على أنها مختصان بذلك، لأنه ليس مشارك لهما فى وضعهما الأخص، ونفرض الكلام فى أن الرصاص

(١) قال الفيروزآبادى: (جمع بزر وهو كل حب يئذ للنبات)، القاموس المحيط (١/٣٧١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

والنحاس لا ربا فيه فنقول: كل جنس جاز التفاضل بين مهمله ومعموله، فلا ربا فيه، أصله التراب والقصب.

فصل

إذا ثبت أن العلة في المسميات الأربعة ما ذكرناه، فكل ما شاركها في علتها شارك لها في حكمها كالأرز والذرة والدخن والقطنية^(١) واللحوم والألبان والخلول^(٢) الأباير وسائر الفواكه المدخرة للقوت والتمر والزبيب والزيتون وسائر ما في معناها، وكذلك العسل والسكر، ولا ربا في تفاح ولا في بطيخ ولا خيار ولا قثاء ولا ما لا يدخر.

فصل

والتفاضل يحرم في الجنس دون الجنسين لقوله ﷺ: «البر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح»^(٣)، فقصر التحريم على الجنس بجنسه. وقال: «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم»^(٤). وهذا نص.

فصل

والحنطة والشعير والسلت^(٥) في حكم الواحد لا يجوز التفاضل في بيع بعضها ببعض خلافاً لأبى حنيفة^(٦) والشافعي في قولهما: إنها أجناس^(٧)، لقوله: «الطعام بالطعام مثلاً بمثل»^(٨)، ولأنها متقاربة في المنبت والمحصد وأن أحدها لا يكاد ينفك، فكان كالعسل^(٩) مع الحنطة.

(١) هي كل ما له غلاف من الحبوب، حاشية الدسوقي (٤٨/٣).

(٢) نوع من أنواع الزيوت، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤٩/٣).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) السلت بالضم الشعير أو ضرب منه أو الحامض منه، القاموس المحيط (١٥٠/١).

(٦) الهداية للمرغيناني (٦٩/٣)، الاختيار للموصلي (٣٧/٢).

(٧) الحاوي الكبير للماوردي (١١١/٥)، حاشية الجمل على شرح المنهج (٥٤/٣).

(٨) تقدم تخريجه.

(٩) العسل قريب من خلقة البر طعام أهل صنعاء اليمن، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي

(٤٨/٣).

فصل

وكل ما تجمع أنواعه في الزكاة فإنه صنف واحد في البيوع، فالتمر واللوانه صنف، وكذلك الزبيب وأنواعه، والقشمش وأنواعه، وقد بينا الاختلاف في القطنية في الزكاة، وأما الأرز والدخن والذرة فكل واحد صنف على حدته.

فصل

اللحم فيه الربا لأنه مقتات، واللحوم على ثلاثة أنواع فالحوم الأنعام والوحش صنف، ولحوم الطير صنف وحشيه وإنسيه، ولحوم دواب الماء صنف، وقال بعض أصحابنا: والجراد صنف رابع، وقال أبو حنيفة: هي أجناس مختلفة باختلاف الحيوان^(١) وقال الشافعي في بعض أقاويله: إنها صنف واحد^(٢)، فالخلاف مع أبي حنيفة في بيع لحم البقر بلحم الغنم متفاضلاً فممنعاه وجوزه^(٣).

ودليلنا قوله ﷺ: «الطعام بالطعام مثلاً بمثل»^(٤)، ولأنه لحم حيوان من بهيمة الأنعام، فلم يجز بيعه بلحم شيء من الحيوان المشارك له في هذا الوصف متفاضلاً، أصله إذا كان من نوعه لحم الغنم بلحم الغنم متفاضلاً، ولأن الأغراض متقاربة فيهما وتوكل على حد متقارب غير متباين.

فصل

والخلاف مع الشافعي في جواز لحم البقر بلحم الطير والسماك متفاضلاً فجوزناه ومنعه^(٥)، ودليلنا قوله ﷺ: «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم»^(٦)، والجنسية هاهنا المراد بها الأغراض والمنافع وقد ثبت أن لحم السمك ليس من جنس لحم الإبل، لأنهما لا يتفقان في منفعة ولا في غرض ولا يؤكل كل واحد منهما على الوجه الذي يؤكل

(١) بدائع الصنائع (١٨٩/٥).

(٢) روضة الطالبين (٣/٣٩٤)، الحاوي الكبير للمارودي (١٥٥/٥).

(٣) بدائع الصنائع للكاساني (١٨٩/٥).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) الحاوي الكبير للمارودي (١٥٩/٥).

(٦) تقدم تخريجه.

عليه الآخر، ولأن السمك طعام لا يحتاج إلى ذكاة، فجاز بيعه بلحم الطير متفاضلاً، أصله اللبن.

فصل

والشحم والكبد والفؤاد والطحال والحلقوم والخصى وما جرى مجرى ذلك له حكم اللحم فلا يجوز بيع شيء منه بلحم متفاضل خلافاً لمن أجازاه في بعض ذلك وفي جميعه^(١) لأنه نوع مأكول من جسد الشاة كاللحم، ولأن جميع جسد الشاة قد أجرى مجرى واحدك ولم يخرججه اختلاف أسمائه وأحواله من كونه لحماً لاتفاقهم على منع التفاضل بين الكرش والكبد واللحم، فكذلك الشحم وغيره.

فصل

والماء لا ربا فيه على ظاهر المذهب، وروى ابن نافع عن مالك: منع بيعه الطعام إلى أجل، قال أصحابنا: يجيء على هذا أن يحرم بيعه قبل قبضه، وإنما يحرم التفاضل في جنسه، فوجه نفى الربا عنه أن التفاضل إنما يحرم حراسة للأموال وحفظاً لها، فلذلك قضى على ما تمس الحاجة إليه من المأكولات دون غيره والماء أصله مباح غير متشاح فيه، فكان منافياً لموضوع المقصود بالربا، ووجه إثباته أنه في معنى القوت لأن الحاجة إليه أمس منها إلى الخبز إذ غير الخبز يقوم مقامه والماء لا يقوم غيره مقامه، فكان تحريم التفاضل فيه أولى.

(١) قال ابن قدامة (ظاهر المذهب إباحة البيع فيهما متماثلاً ومتفاضلاً وهو قول أبي حنيفة والشافعي)، المغنى (٤/١٤٣).

باب

بيع المزبنة^(١) ممنوع لتهيئه ﷺ عن بيع المزبنة^(٢)، وحصر هذا الباب: بيع معلوم بمجهول من جنسه أو مجهول بمجهول من جنسه، فمن المعلوم بالمجهول من جنسه بيع التمر بالرطب والزبيب بالعنب واللحم بالحي المأكول من جنسه لا يصلح إلا للحم كالعلوف والكسير والمشوى بالطرى النىء، والمالح والقديد بالطرى من الحيتان وغيرها، الجنس بجنسه والخنطة المبلولة باليابسة وبالمبلولة إلا أن يكون البلل واحداً، ومنع بيع الدقيق بالعجين والخنطة بالعجين، ولا بأس الدقيق بالدقيق والرطب بالرطب متماثلاً عند مالك ومنعه عبد الملك وكذلك التمر العتيق بالحديث، واختلف فى الخنطة بالدقيق ولا بأس بالخنطة بالسويق والدقيق بالخبز متفاضلاً ومتماثلاً، وكذلك العجين بالخبز، ولا بأس باللحم النىء بالمطبوخ متفاضلاً ومتماثلاً، وكذلك التمر والرطب بخلهما ولا بأس: اللبن باللبن حال رطوبتهما.

فصل

وإنما منعنا بيع الرطب بالتمر خلافاً لأبى حنيفة^(٣) لقوله ﷺ وسئل عن ذلك فقال: «أينقص الرطب إذا يبس» قالوا: نعم، قال: «فلا إذا»^(٤)، وروى: «فنهى عنه»، وروى: «لا تباعوا الرطب بالرطب»^(٥)، وروى ابن عمر: أن رسول الله ﷺ: «نهى عن المزبنة»^(٦)، والمزبنة بيع الرطب بالتمر، ولأنه جنس فيه الربا بيع منه مجهول بمعلوم

(١) المزبنة بيع معلوم بمجهول أو مجهول بمجهول من جنس واحد فيهما، شرح حدود ابن عرفة (٣٤٧/١).

(٢) أخرجه البخارى: الشرب والمساقاة (٦٠/٥) ح (٢٣٨١)، ومسلم: البيوع (١١٧٤/٣) ح (١٥٣٦/٨١).

(٣) الاختيار للموصلى (٣٩/٣)، بدائع الصنائع (١٨٨/٥).

(٤) أخرجه أبو داود: البيوع (٢٤٨/٣) ح (٣٣٥٩)، والترمذى: البيوع (٥١٩/٣) ح (١٢٢٥) وقال: حسن صحيح. والنسائى: البيوع (٢٣٦/٧) (باب اشتراء التمر بالرطب).

(٥) لم أجده بهذا اللفظ، والمشهور يلفظ (الرطب بالتمر) ويلفظ (التمر بالتمر)، وانظر التلخيص الحبير (٣٠ - ٣٣)، نصب الراية للمحافظ الزيلعى (٤٠ - ٤٤).

(٦) تقدم تخريجه.

فلم يجز، أصله بيع الشيرج بالسمسمة والزيتون بالزيت، ولأن المماثلة شرط في هذا الموضع وهى معدومة لأن التمر والرطب غير متناه، وذلك يمنع التماثل وإذا ثبت المنع من ذلك فكل ما ذكرنا من بابه، فحكمه فى المنع مثله من الحى بالميت والمشوى بالطرى والمبلول باليابس وسائر ما فى بابه.

فصل

وأما الرطب بالرطب فإنما أجزأه خلافاً للشافعى^(١) وعبد الملك لقوله ﷺ: «لا تباعوا التمر بالتمر حتى يبدو صلاحها»^(٢) وما بعد الغاية بخلاف ما قبلها، ولأنها ثمرة يبعث بجنسها وهما على حال يتساويان فيها، فجاز فى ذلك، أصله التمر بالتمر، ولأن كل جنس جاز بيع بعضه ببعض حال جفافها جاز حال رطوبتها كاللبن باللبن.

فصل

فأما الخنطة بالدقيق، فاختلف أصحابنا فى تخريجه على المذهب: فمنهم من يقول: إن المسألة على روايتين، ومنهم من يقول: ليس بخلاف قول، وإنما هو اختلاف حالين، فإن كان كيلاً بكيل فلا يجوز وإن كان وزناً بورن جاز^(٣)، فوجه الجواز أنه ليس فى طحن الخنطة أكثر من تفريق أجزائها، وذلك لا يمنع الكيل ولا ينافى المماثلة، ووجه المنع أن المماثلة ممتنعة فيها لأنه إن كان كيلاً بكيل أدى إلى التفاضل لأن الحب إذا طحن تفرقت أجزاؤه ولم تجتمع بعد ذلك اجتماع الحب بخلفته فى الأصل فيجىء من صاع بر أكثر من صاع الدقيق، وإن كان وزناً بورن امتنع لأن طريق التماثل فى ذلك الكيل فلا يجوز غيره.

فصل

وإنما أجزأنا بيع الدقيق بالدقيق متماثلاً خلافاً للشافعى^(٤) لأن التساوى فيه موجود فى الحال كالخنطة بالخنطة.

(١) روضة الطالبين (٣/٣٨٩)، حاشية الجمل على شرح المنهج (٣/٥٦).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) المدونة الكبرى (٣/١٧٧).

(٤) قال الماوردى: (فإذا بيع الدقيق بالدقيق فعند الشافعى أنه لا يجوز)، الحاوى الكبير للماوردى

(٥/١١٠).

فصل

فأما تجويزنا التفاضل بين الخنطة والدقيق بخبزهما وسويقهما خلافاً للشافعي^(١) فالنكتة فيه وفي جواز اللحم النئى بالمطبوخ متفاضلاً والرطب والتمر بخلهما واحدة في جميع هذا الباب وهى: أن الصنعة تغير ما تدخله من الجنس حتى تجعله فى حكم الجنس المفرد لأنه لا يصلح لما كان يصلح له أولاً، وتختلف الأغراض فيه إذ لا يقول أحد أن منفعة التمر تقارب منفعة الخل، وكذلك الخنطة والسويق والخبز والدقيق لأن تأثير النار فى الطبخ والخبز من تباين المنافع وتغيير الصنعة ما ينفى التقارب ويوجب التفاوت والتباين، وإذا ثبت ذلك جاز التفاضل فيه بمثل ما له جاز فى الجنس المتباينين، وأما جواز بيع التين بالتين رطيين متمثلين فللتساوى فى المنافع والحال، فقد سلما من الربا والمزابنة.

فصل

وما ذكرنا من أن بيع رطب من ثمرة يباس مزابنة، فإنما ذلك فى الجنس لأن التفاضل فى الجنس غير ممنوع، فيجوز بيع التمر بالعنب والرطب بالزبيب وجميع ما فى هذا المعنى، وهذا فيما يحرم التفاضل فى جنسه إذا بيع بعضه ببعض، فأما ما لا ربا فيه كالخوخ والمشمش وغيرهما فيجوز بيع الرطب باليابس إذا تحقق التفاضل ويمنع مع الاحتمال والشك ليخرج عن المخاطرة.

فصل

وأما بيع المجهول بالمجهول من جنسه مما لا يجوز التفاضل فيه فغير جائز، وهو من باب المزابنة وذلك كالصبرة بالصبرة وثمره نخلة بثمره نخلة أخرى، لأن عدم التماثل يقوم فى المنع مقام تحقق التفاضل لأن التماثل إذا لم يوجد فشرط جواز البيع غير حاصل.

فصل

يجوز قسمة اللحم على التحرى وكذلك بيعه، ومن أصحابنا من يطلق ذلك ومنهم من يشترط فيه تعذر الموازين، وكذلك البيض بالبيض والخبز بالخبز والرطب بالرطب

(١) روضة الطالبين (٣/٣٨٩)، الحاوى الكبير للماوردى (١٠٨/٥).

واليابس باليابس، وعند أبي حنيفة^(١) والشافعي أن ذلك غير جائز^(٢).

وإنما قلنا ذلك للعمل المستفيض من الصحابة في الأسفار أنهم كانوا يقتسمون اللحوم على التحرى والقسمة بيع كل واحد من المقتسمين حظه بحظ صاحبه، ولأن الحذر في الشرع قد جعل طريقاً إلى جواز البيع فيما شرط فيه الكيل والوزن، وسبباً لمعرفة المقدار فيما يعرفان به عند تعذرهما، ألا ترى أنا نحيز ذلك في الزكاة والعرايا، فجار أن يكون التحرى في مسألتنا طريقاً إلى معرفة التماثل للضرورة، ووجهها أن الموازين في الأسفار قد تعدد وتتعذر فلو قلنا: إنهم لا يقتسمون اللحم في الأسفار إلا بميزان لشق ذلك، وأدى إلى ضياعه وفوات الانتفاع به، فجار لهذه الضرورة قسمه وبيعه.

فصل

لا يجوز بيع طعام بطعام إلا نقداً ولا يجوز فيه تأخير بوجه كان من جنسه أو من غير جنسه كان مما فيه الربا أو مما لا ربا فيه بيع متفاضلاً أو متماثلاً، ومن شرطه التقابض في المجلس، وقال أبو حنيفة: يجوز أن يفترقا من غير قبض إلا أن يكون المبيع جزءاً مشاعاً^(٣)، ودليلاً قوله ﷺ: «إنما الربا في النسيئة»^(٤)، وقوله: «لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا التمر بالتمر ولا الشعير بالشعير...» إلى أن قال: «إلا سواء بسواء عيناً بعين يدك بيد»^(٥)، ولأن كل شيئين لا يجوز أن يسلم أحدهما في الآخر مع جواز السلم فيه فلا يجوز بيعه به إلا يدك بيد، أصله الذهب والفضة أو الذهب في الحلبي، ولأنه بيع عين بعين يفسده دخول الأجل، فكان التقابض شرطاً فيه، أصله إذا باع جزءاً مشاعاً من صبرة.

(١) الاختيار للموصلي (٣٩/٢)، بدائع الصنائع (١٩٠/٥).

(٢) روضة الطالبين (٣٩٦/٣)، الحاوي الكبير للماوردي (١١٠/٥).

(٣) انظر الهداية للمرغيناني (٧٠/٣).

(٤) أخرجه البخاري: البيوع (٤٤٥/٤) ح (٢١٧٨، ٢١٧٩)، ومسلم: المساقاة (١٢١٨/٣) ح

(١٥٩٦/١٠٢).

(٥) تقدم تخريجه.

باب

المبيعات على ضربين: طعام وغير طعام، فالطعام يباع على وجهين: أحدهما على وجه يلزم فيه حق التوفية، وذلك بأن يكون على كيل أو وزن أو عدد، والآخر جزائاً مصبراً، فالقسم الأول لا يجوز بيعه قبل قبضه سواء كان معيئاً أو فى الذمة، والأصل نهيه ﷺ بقوله: «من ابتاع طعاماً فليس يجوز له أن يبيعه قبل قبضه»^(١)، وروى: «قبل أن يستوفيه»^(٢)، وإذا ثبت ذلك، فكل أنواع الطعام داخلة فى المنع من الإدام والقوت والفواكه مما يدخر وما لا يدخر ما فيه الربا وما لا ربا فيه وكذلك الأشربة، وذكر ابن وهب عن مالك أن ما لا ربا فيه يجوز بيعه قبل قبضه لأنه أخفض رتبة من المقتات بدليل إباحة التفاضل فيه وسقوط الزكاة منه، والأول أصح للعموم، ولأن النهى لأجل العينة وأن يعلم أن الشراء لم يكن لها وهذا يستوى فيه المقتات وغيره [ولأن انخفاض حرمة عن المقتات فى حكم من الأحكام لا يقتضى انخفاضها عنه فى سائر ما ألا ترى أنه لا يجوز بيع بعضه إلى أجل من حيث كان طعاماً]^(٣)، والأدوية والبدور التى تبذر للزرع لا تدخل فى هذا لأنها ليست بطعام، وإنما تتناول للحاجة وليس اسم الطعام لكل ما يتطعم لأنه لو كان كذلك لكان الجص والسم طعاماً لأن له طعماً ولكنه اسم لما جرت العادة بأكله على وجه يؤكل عليه الطعام فى العادة من الاقتيات أو الائتدام أو التفكه أو التحلى وليس التداوى من هذا، فلم يدخل فيه.

فصل

إذا ثبت ما ذكرناه فكل طعام ملك بعقد معاوضة مشترك لما ملك بشراء فى منع بيعه قبل قبضه: من ذلك ما يملك أجرة فى إجارة أو قضاء دين أو مهر أو خلع أو صلح عن دم عمد أو مثلاً لمتلف أو أرض جناية فى مال [مضمون]^(٤) كان أو معيئاً، وكل ما

(١) أخرجه البخارى : السيوغ (٤٠٩/٤) ح (٢١٣٥) ، ومسلم : البيوع (٣/١١٦٠) ح (١٥٢٥/٣٠).

(٢) أخرجه البخارى : السيوغ (٤٠٩/٤) ح (٢١٣٦) ، ومسلم : البيوع (٣/١١٦٠) ح (١٥٢٦/٣٢).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) ثبت فى (ب) (إن كان مضموناً).

يملك بغير معاوضة، فجائز لمن ملكه يبعه قبل قبضه كالميراث والهبة والصدقة وغير ذلك والمقترض يجوز لمقرضه ولقترضه يبعه قبل قبضه لأنه ليس بمبتاع ولا فى معنى المبتاع.

فصل

لمبتاع الطعام الممنوع من بيعه قبل قبضه أن يهبه ويقرضه ويتصدق به أو يخرج به عن ملكه على غير وجه المبايعه قبل قبضه، ولكن لا يجوز لمن صار إليه ذلك يبعه هذه الوجوه أن يبيعه قبل أن يقبضه، لأنه قائم مقام البائع وعقد هذا الباب: إن كل طعام ابتاع فلم يقبض فلا يجوز أن يقع عليه عقدة بيع حتى يقبض سواء كان ذلك من مبيعه أو ممن صار إليه عن مبيعه.

فصل

إذا باع تمرًا واستثنى منه كيلًا معلومًا، ففيه روايتان: إحداهما أن له يبعه قبل أن يجزه، والأخرى أنه ليس له ذلك، فوجه الجواز أنه لم يبع ما استثناه، وإنما أبقاه على ملكه، ووجه المنع أنه صار شريكًا للمشتري بمقداره من الكيل والأول أصح.

فصل

إذا ثبت منع بيع الطعام للمشتري بكيل أو وزن أو عدد قبل استيفائه، فيجوز منه الإقالة^(١) والتولية^(٢) والشركة^(٣) قبل القبض، وإن كانت يبيعًا لما روى: أنه ﷺ: «نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وأرخص فى الإقالة والشركة»^(٤) وهذا نص، ولأن المقصود منها لما كان المعروف دون المتاجرة والمخابنة جار للرفق واستثنى من أصل البيع كما استثنيت العرية من بيع الرطب بالتمر للرفق، والحوالة من بيع الدين بالدين لأنه لم يقصد فيها ذلك، وهذا إذا وقع العقد الثانى على الوجه الذى وقع عليه العقد الأول بمثل المال لا زيادة فيه ولا نقصان ولا مخالفة فى تعجيل أو تأجيل: فيعلم بذلك أن الفاعل له لم يقصد المتاجرة والربح^(٥)، وإنما أثر على نفسه وقصد فعل الجميل والرفق

(١) الإقالة: «ترك المبيع لبائعه بشمته». شرح حدود ابن عرفة (٣٧٩/٢).

(٢) التولية: (تصيير مشتر ما اشتراه لغير بائعه بشمته). شرح حدود ابن عرفة (٣٨١/٢).

(٣) الشركة: (جعل مشتر قدرًا لغيره باختياره مما اشتراه لنفسه بمنابه من الثمن). شرح حدود ابن عرفة (٣٨١/٢).

(٤) الحديث عند البخارى ومسلم من غير «وأرخص فى الإقالة والشركة»، وتقدم تخريجه.

(٥) ثبت فى بعض النسخ (التريح) وما أثبتناه من (١).

بمن فعل ذلك معه، ومتى وقع على خلاف ذلك من زيادة أو نقصان أو مرفق بتأخير أو تعجيل على أنهما لم يريدوا الوجه الذى له وقعت الرخصة، وإنما أراد الوجه الممنوع من بيع الطعام قبل قبضه فمنعنا منه.

فصل

ثم عدنا إلى أصل التقسيم فقلنا: وأما ما ابتاع من الطعام جزأً^(١) أو مصبراً فيجوز بيعه قبل نقله إذا خلّى البائع بينه وبينه خلافاً لأبى حنيفة^(٢) والشافعى^(٣) لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وروى ابن عمر: أن رسول الله ﷺ: «نهى أن يبيع أحد طعاماً اشتراه بكيل حتى يستوفيه»^(٤) فدل أن الجزاف بخلافه، ولأن الجزاف ليس فيه توفية، فإذا وجدت التخلية لم يبق وراءها توفية تطلب، فجاز بيعه كالمكيل إذا قبض، وقد استحَب مالك رحمه الله أن يباع بعد نقله ليخرج من الخلاف ويحتاط للعقد.

فصل

وما عدا الطعام والشراب من سائر العروض والعبيد والحيوان والعقار وما ينقل ويحول وما لا ينقل ولا يحول وما يكال أو يوزن وما لا يكال ولا يوزن كان عيناً معينة أو سلماً مضموناً فى الذمة فيبيعه قبل قبضه جائز فى الجملة بخلاف الطعام ما لم يعرض فى العقد ما يمنع منه من كونه ديناً بدين أو ذريعة إلى بيع وسلف أو بعض الأشياء الممنوعة، خلافاً لأبى حنيفة فى منعه بيع ما ينقل ويحول^(٥)، والشافعى فى منع بيع كل مبيع قبل قبضه من بائعه^(٦)، لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقوله ﷺ: «من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه»^(٧)، فدل أن ما عداه بخلافه، ولأنه

(١) الجزاف: بيع ما يمكن علم قدره دونه، شرح حدود ابن عرفة (١/٣٣٤).

(٢) الهداية للمرغينانى (٣/٢٥).

(٣) الحاوى الكبير للماوردى (٥/٢٢٧).

(٤) أخرجه مسلم: البيوع (٣/١١٦٠) ح (١٥٢٦/٣٢) وأبو داود: البيوع (٣/٢٧٩) ح (٣٤٩٥)،

والنسائى: البيوع (٧/٢٥٢)، (النهى عن بيع ما اشترى من الطعام بكيل حتى يستوفى).

(٥) الاختيار للموصلى (٧/٢)، الهداية للمرغينانى (٣/٦٥).

(٦) الحاوى الكبير للماوردى (٥/٢٢٠).

(٧) تقدم تخريجه.

إزالة ملك فجار قبل القبض كالتق، ولأنه أحد نوعى المبيعات فعلم القبض لا يمنع بيعه، أصله المنافع فى الإجارة، ولأن الشراء نوع يملك به، فجار أن يباع ما ملك به قبل القبض كالميراث والوصية ومع أبى حنيفة قياساً على العقار.

فصل

عقود البياعات كلها تقع بالقول وليس القبض شرطاً فى انعقادها ولا فى لزومها، غير أن فى بعضها إن تأخر القبض عن العقد تأخراً شديداً أو افتراقاً قبل بطل العقد، وذلك كالصرف وبيع الطعام بالطعام، فأما سائر العروض التى يجوز بيع بعضها ببيع نقداً أو نساء، فإن تأخر القبض لا يبطل العقد فإن تلفت نظر، فإن كان فى المبيع حق توفية من كيل أو وزن أو عدد فضمانه من البائع إلا أن يكون كاله أو وزنه للمشتري فتركه المشتري عنده فيكون حيثئذ تلفه من المشتري، وأما ما ليس فيه حق توفية مثل البيع بعينة أو الجزاف فتلفه من المشتري قبل القبض وبعده دفع المشتري الثمن أو لم يدفعه، طالبه بالقبض أو لم يطالبه إلا أن يكون البائع حبسه عنده ليقبض الثمن، فيكون حكمه حكم الرهن، أو منعه ابتداء ظلماً فيكون غاصباً، فأما مع السلامة من ذلك كله فضمانه إن تلف من المشتري خلافاً لأبى حنيفة^(١) والشافعى فى قولهما: إن ضمانه من البائع قبل قبض المشتري إياه^(٢)، وإن العقد ينفسخ بتلفه، لقوله ﷺ: «الخراج بالضمان»^(٣)، فجعل الضمان ممن يكون له الخراج، وقد ثبت أن خراج هذا المبيع قبل القبض ليكون للمشتري، فكان ضمانه منه، ولأن الملك لا يخلو أن يكون استقر بنفس البيع الذى هو الإيجاب والقبول المطلق، فذلك يوجب أن يكون التلف من المشتري كما بعد القبض أو أن لا يستقر إلا بمعنى رائد عليه وهو القبض فالقبض فرع على الملك وتابع له، لأن البائع يجبر على إقباضه للمشتري ولولا استقرار الملك لم يجبر عليه، وإذا كان البيع مستقر فالتلف من حصل الملك له وامتنع الفسخ عليه، ولأن إعتاق المشتري فى العبد نافذ قبل القبض، وذلك ممتنع فيما لم يكن يستقر كييع الخيار، ولأنه عوض مستحق بعقد معاوضة، فإذا كان معيناً وتلف قبل القبض لم يتلف من المستحق عليه، أصله المهر.

(١) الهداية للمرغينانى (٣٢/٣).

(٢) روضة الطالبين (٥٠١/٣)، الحاوى الكبير للماوردي (٢٢١/٥).

(٣) أخرجه أبو داود: البيوع (٢٨٢/٣) ح (٣٥٠٨)، والترمذى: البيوع (٥٧٢/٣) ح (١٢٨٥)،

وقال: حسن صحيح، والنسائى: البيوع (٢٢٣/٧)، (باب الخراج بالضمان)، وابن ماجه:

التجارات (٧٥٤/٢) ح (٢٢٤٣)، وأحمد: المسند (٥٦/٦) ح (٢٤٢٧٩).

فصل

يجوز بيع الطعام جزأً في الغرائر وصبراً على الأرض، وكذلك غيره من العروض المكيلة أو المعدودة التي لا خطر لها، وإنما الغرض مبلغها كالخص والنورة والقطن وغير ذلك، ولا يجوز بيع شيء له بال وخطر تكثر قيمته ويعظم الضرر فيه كالعييد والحيوان والثياب جزأً.

وقاعدة هذا الباب: أن من المبيع ما يقصد مبلغه دون أعيان آحاده، وذلك كالخنطة والشعير والشمرة والزبيب والجور واللوز وسائر الفواكه والبقول، فما هذه سبيله يجوز بيعه جزأً لأنه ليس المقصد إلى عين كل واحد من آحاده لأن أحدًا لا يقصد عين كل جورة وبذخانة، وإنما القصد جملة ومبلغه، فإذا علم ذلك بالحرز عند مشاهدته جار بيعه كما يجوز بيع الشيء بالخرص فيتعلق به أحكام الكيل والوزن، ولأن القصد المبلغ ليس في جزائه خطر أو ضرر فينسب ترك تحقيقه بالكيل أو الوزن إلى قصده، وأما المقصد [فهو] ^(١) التخفيف والرفق والراحة من التعب ومؤنة الكيل والوزن من المبيع ما يقصر أعيانه وآحاد جماعات كل عين في نفسها كالعييد والحيوان والثياب والجواهر، لأن كل واحد من جماعاتها يحتاج إلى اختيار في نفسه والعلم بسلامته من العيوب وليس الغرض المبلغ دون العين، فما هذه سبيله يعظم الخطر فيه ويكثر به الضرر بالمجازفة فيه فلا يجوز بيعه جزأً.

فصل

ما علم بائعه كيله أو وزنه فلا يجوز له بيعه إلا بعد أن يعلم المشتري بمبلغه خلافاً لأبي حنيفة ^(٢) والشافعي ^(٣)، لقوله ﷺ: «من غشنا فليس منا»، وهذا غش لأن المبتاع يدخل على أن البائع بمثابته في الجهل بمقدار المبيع، وروى: أنه ﷺ قال: «من علم كيل طعام فلا يبيعه جزأً حتى يبين» ^(٤) وهذا نص، ولأنه باع جزأً ما يعلم قدر كيله فلم

(١) زيادة ليست بالأصل.

(٢) الهداية للمرغيناني (٢٥/٣)، الاختيار للموصلي (٤/٢).

(٣) روضة الطالبين (٣١٣/٣)، حاشية الجمل (٣٤/٣).

(٤) أصله عند البخاري ومسلم من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، أخرجه البخاري: البيوع (٤١١/٤) ح (٢١٣٧)، ومسلم: البيوع (١١٦١/٣) ح (١٥٢٧/٣٤).

يجز، أصله إذا قال: قد بعثك ملء هذه الغرارة والبائع يعلم ما تسع.

فصل

إذا ثبت منع ذلك فمتى وقع فالمشتري بالخيار لأنه متعدى عليه لأنه إنما رضى بالمجارفة ودخل على أن البائع بمثابته فى الجهل بقدر الكيل، فإذا كتبه ذلك كان [تدليلاً]^(١) عليه، فثبت له الخيار كالغيب إذا كتبه وإن بين له فقال: أنا أعلم كيلىها ولست أعلمك، فإن أردت أن تبشع على هذا وإلا لم أبعك فرضى المشتري فذلك غير جائز، لأنه رضى بالمخاطرة والغرر وقصد إلى ذلك مع الاستغناء عليه، وذلك مفسد للعقد المبني عليه.

فصل

إذا أخبره البائع بكيلىه فصدقه المشتري عليه وقبضه بغير كيل، فإن كان البيع نقداً جار، وإن كان إلى أجل فلا يجوز واختلف أصحابنا فى تأويله، فمنهم من يحمله على المنع، ومنهم من يحمله على الكراهية، وإنما قلنا: إنه إذا كان نقداً جار لأنه ليس فيه تهمة لأنه لا يخاف منه إن لم يصدقه أن يفوته [غرض]^(٢) ويقع لو صدقه لأدركه ولم يفته، والنسيئة بخلاف ذلك لأنه يجوز أن يكون دون ما أخبره، فإن لم يصدقه لم يرض ببيعه منه نسيئة، وإنما غرض البائع فى إنساؤه أن يستفيع بالنقصان الذى يحتسب له به فيكون من أكل المال بالباطل.

فصل

إذا صدقه بالكيل فى النقد ثم ادعى المبتاع نقصانه عما أخبره أو زيادة، فإن كان مما يكون مثله فى اختلاف الكيل ويريد رده فلا يرد به، لأن ذلك معفو عنه فى العرف كالتغيير الذى يكون فى أسفله والتراب الذى يعلم أنه لا ينفك منه، فإن كان رائداً على ذلك خارجاً عما جرى العرف به فله المحاسبة به لأن البائع لم يوفه ما عقد عليه البيع والقدر الفائت لم يوجد له عوض، وذلك إذا صدقه البائع أو كاله بحضرته أو قامت له بينة به قبل أن يغيب عليه، وإن لم يكن له إلا دعواه فلا يقبل ويحلف البائع.

(١) ثبت فى (ب) (مدلساً).

(٢) ثبت فى (ب) أن يفوته منه غرض.

باب

المبيع على ثلاثة أضرب: عين حاضرة، وغائبة عن العقد، وسلم في الذمة غير معين.

فأما بيع العين الحاضرة المرثية مثل أن يقول: بعثك هذا الثوب أو العبد أو الدابة وهو يراه، فذلك جائز إذا أبصره وخبره ولا خلاف في هذا النوع.

فصل

وأما الأعيان الغائبة عن العقد فيجوز بيعها على الصفة أو على ما تقدم رؤيته خلافاً للشافعي في منعه بيعها على الصفة^(١) لقوله عز وجل: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ولأنه مبيع معلوم لهما مقدور على تسليمه غالباً كالرئي، ولأن ما تتعذر رؤيته تقوم الصفة فيه مقام الرؤية كالسلم.

فصل

ولا يجوز بيعه بغير صفة ولا رؤية ولا مع شرط خيار الرؤية وذكر في المدونة جواز ذلك إذا اشترطت فيه خيار الرؤية^(٢)، وكان شيخنا أبو بكر وأصحابنا يقولون: إنه خارج عن الأصول، وقال أبو حنيفة: يجوز بيع ما لم ير ولم يوصف ويكون للمبتاع خيار الرؤية بنفس العقد^(٣)، ودليلنا على منعه: «نهيه ﷺ عن بيع الغرر»^(٤) وهذا منه، ولأنه مجهول واشتراط خيار الرؤية لا ينفع، كما لا ينفع في بيع الآبق والشارد، ولأن تأخر معرفة المبيع عن العقد يؤذن بطلانه كالسلم إذا لم يصفه حال العقد.

(١) قال في الروضة: (وقال في الأم والبويطي: لا يصح وهو اختيار المزني)، روضة الطالبين (٣/ ٣٧٠)، مجموع شرح المهذب (٩/ ٣٠١).

(٢) انظر المدونة الكبرى (٣/ ٢٥٥).

(٣) الاختيار للموصلي (١٨/ ٢)، الهداية للمرغيناني (٣/ ٣٦).

(٤) أخرجه مسلم: البيوع (٣/ ١١٥٣) ح (٤/ ١٥١٣)، وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٥٢) ح (٣٣٧٦)، والترمذي: البيوع (٣/ ٥٢٣) ح (١٢٣٠)، والنسائي: البيوع (٧/ ٢٣٠) (باب بيع الحصاة)، وابن ماجه التجارات (٢/ ٧٣٩) ح (٢١٩٤).

فصل

إذا ثبت جواز بيع الغائب بالصفة، فالذى يحتاج إليه من ذلك كل صفة مقصودة تختلف الأغراض باختلافها وتتفاوت الأثمان لأجلها وتقل الرغبة في العين وتكثر بحسب وجودها وعدمها ولا يكتفى في ذلك بذكر الجنس والعين فقط، لأن بيع الملامسة لا يعرى من مشاهدة العين ومعرفة الجنس وهو مع ذلك غير جائز ولا يضره الإخلال بما لا يؤثر فيها.

فصل

وإن جاء المبيع على الصفة المشترطة لزم المبتاع ولم يكن له خيار الرؤية إلا أن يشترطه في العقد فيثبت له بالشرط، وإنما قلنا: لا خيار له لأنه مبيع موصوف قبض على صفته فلم يكن له خيار الرؤية كالسلم، وإن جاء على خلافها، فإن كان أعلى فلا خيار له، لأنه إذا لم يثبت له الخيار مع الموافقة فمع الزيادة أولى، ولأن الخيار إنما يثبت للنقص لا للزيادة وإن كان أدون فالمبتاع بالخيار في الإمضاء والفسخ لأن المبيع لم يسلم له على الوجه الذى دخل عليه كما لو وجد عيباً.

فصل

إذا تلفت السلعة المبيعة على الصفة بعد العقد وقبل القبض ففيها ثلاث روايات^(١): أحدها أن التلف من البائع إلا أن يشترطه على المشتري، والثانية أنه من المشتري إلا أن يشترطه على البائع، والثالثة أن ضمان الحيوان المأكول وما ليس بمأمون على البائع والدور والعقار من المشتري.

فوجه الأولى: أن على البائع توفية المشتري ما اشتراه، فما لم يوفه لم يستحق عليه العوض والتلف منه، لأن المشتري لم يقبضه ولم تثبت عليه يد.

وجه الثانية: أن الأصل السلامة مع كونه متميزاً عن ملك البائع لا يتعلق به حق توفية، فكان ضمانه من المشتري وذلك إذا علم أن الصفقة صادفته حياً سليماً ثم تلفت من بعد.

فأما وجه تفرقه بين المأمون وغير المأمون على ظاهر السلامة، فيجب أن يكون

(١) حكى ابن عبد البر قولين فقط عن مالك، انظر الكافي (٦٧٨/٢).

ضمانه من المشتري اعتباراً بالحاضر، ولأن النقد لما جاز اشتراطه فى المأمون ولم يجز فى غيره دل على افتراق حكمهما.

فصل

إن تبرع المشتري فى بيع الغائب بنقد الثمن أو بعضه قبل مجيء المبيع جار، فأما إن اشترط البائع عليه النقد فيجوز فى المأمون لعدم تغيره وأمنه فى الغائب كالعقار والدور ولا يجوز فى الحيوان والمأكول وما لا يؤمن تغيره، والفرق أن المأمون يقل الغرر فيه وغير المأمون يكثر الغرر فيه، فاشتراط النقد فيه غرر، ولأنه يدخله سلف وبيع لأن النقد يتردد بينهما لأن المبيع إن سلم كان نقداً وإن لم يسلم كان البائع قد انتفع بالثمن ثم رده إلى المشتري.

فصل

يجوز عندنا بيع الأعدال على البرنامج^(١) وهو أن يبيعها على الصفة التى يتضمنها برنامج من ذكر الجنس والنوع والذرع والعدد والسعر، فإن وافق الصفقة لزم البيع، وإن خالف كان كما ذكرناه وليس للمبتاع إذا وافقت الصفة وقال هى مخالفة أن يرد خلافاً للشافعى فى قوله: لا يجوز^(٢)، ودليلنا الظاهر وهو قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ولأن أكثر ما فيه أنه باع عيناً يتعذر رؤيتها بصفة تحصرها، وقد دللنا على جوار ذلك.

فصل

يجوز بيع السلعة الغائبة على رؤية متقدمة إذا كان من وقت الرؤية إلى وقت العقد من المدة ما لا تتغير فى مثله والاعتبار فى ذلك بالعرف فى مثل تلك السلعة مما يعلم أنها تتغير وتحول عن الصفة التى كانت عليها فى مثلها، فإن كان بين الوقتين بقدر ذلك لم يجز البيع إلا برؤية مستأنفة أو صفة.

(١) البرنامج بفتح الباء وكسر الميم: أى الدفتر المكتوب فيه أوصاف ما فى العدل من الثياب المبيعة لتشتري على تلك الصفة، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٢٤).

(٢) انظر روضة الطالبين (٣/٣٧٣)، الحاوى الكبير (٥/٢٣).

نوع آخر:

وأما السلم^(١) في الذمة فإنه جائز في كل ما تضبطه الصفة والأصل في جواز ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقوله: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فدل ذلك على أن من التجارات ما لا يكون حاضراً، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، قال ابن عباس: ذلك في السلم^(٢)، وروى أنه ﷺ نهى عن بيع ما ليس عندك وأرخص في السلم^(٣)، وروى أنه ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في الثمر الستين والثلاثة فقال: «من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»^(٤)، وهذا نص في جوازه، ولا خلاف فيه^(٥).

فصل

وله ثمانية شروط:

أحدها: أن يكون في الذمة مطلقاً لا في عين معينة.

والثاني: أن يكون موصوفاً بما يمكن حصره به من الصفات المقصودة التي تختلف الأغراض والأسواق باختلافها.

والثالث: أن يكون مقدراً بكيل معلوم أو وزن معلوم أو عدد أو ذرع أو غير ذلك من

(١) السلم بفتح الحين السلف وزناً ومعنى، وذكر الماوردي: أن السلف لغة أهل العراق والسلم لغة أهل الحجاز. وقيل: السلف تقديم رأس المال، والسلم: تسليمه في المجلس فالسلف أعلم، واصطلاحاً عرفه ابن عرفة: «عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين، شرح حدود ابن عرفة (٣٩٥/٢).

(٢) قال الطبري: (وكان ابن عباس يقول: نزلت هذه الآية في السلم خاصة)، تفسير الطبري (١١٦/٣).

(٣) أخرجه أبو داود: البيوع (٢٨١/٣) ح (٣٥٠٣)، والترمذي: البيوع (٥٢٥/٣) ح (١٢٣٢)، والنسائي: البيوع (٢٥٤/٧) (باب بيع ما ليس عند البائع)، وابن ماجه: التجارات (٧٣٧/٢) ح (٢١٨٧)، بلفظ «لا تبع ما ليس عندك».

(٤) أخرجه البخاري: السلم (٥٠٠/٤) ح (٢٢٣٩)، ومسلم: المساقاة (١٢٢٦/٣) ح (١٦٠٤/١٢٧).

(٥) انظر المغني لابن قدامة (٣١٢/٤).

المقادير التي تعتبر في ذلك النوع.

والرابع: أن يكون رأس المال معلومًا مقدراً.

والخامس: أن يكون نقداً لا مؤجلاً.

والسادس: أن يكون المسلم فيه مؤجلاً لا يسجور أن يكون حالاً، واختلف في حد الأجل، فعنه فيه روايتان: إحداهما أجل مطلق أى أجل كان، والآخر أجل يختلف في مثله الأسواق وتتغير معه الأسعار.

والسابع: أن يكون الأجل [محدوداً بمدة معلومة.

والثامن: أن يكون المسلم فيه^(١) موجوداً عند المحل وليس من شرطه أن يكون موجوداً في حال العقد ولا متصل الوجود في حال العقد ولا متصل الوجود من وقت العقد إلى وقت المحل، والأولى أن يسمى موضع القبض، فإن أطلق ولم يعين جاز ولزم في الموضع الذي وقع العقد عليه في سوق تلك السلعة والموضع الذي جرى عرف أهل ذلك الموضع بقبض ما يسمى فيه بأن يقبضونه فيه.

فصل

وإنما قلنا: إنه لا يسجور أن يكون عيناً لأن الأعيان لا تثبت في الذمم لأن من حق ما يثبت في الذمة أن يكون مطلقاً غير معين، ولأن السلم في العين غرر لا يحتاج إليه لأنه إن أريد ضمانها في الذمة إلى الأجل المضروب حتى إذا تلفت [لزم]^(٢) المسلم إليه بدلها أو قيمتها، فذلك غير جائز لأن المعين ينسخ العقد بتلفه ولا يلزم رد مثله، ولأنه إذا كانت العين مما لا يكال ولا يوزن لزم رد قيمتها لا مثلاً، فإن إثبات العين في الذمة إن أُريد به تبقيتها إلى وقت الأجل فذلك غير مقدور عليه لإمكان أن يتلف، وإن أُريد به ضمان مثلها فقد أفسدناه.

فصل

وإنما قلنا: يجب حصره بأكثر مما يمكن من الصفات، وقد دخل في ذلك الجنس والنوع لأنه مقدم على ما يتبعه من الصفات، لأنه مضمنة به ليكون المسلم فيه معلومًا

(١) ما بين المعكوفين مقط من (ب).

(٢) ثبت في بعض النسخ (لزم) وما أثبتناه من (ب).

ويخرج عن حيز الجهل ولا يكون كذلك إلا بالمشاهدة وبالصفة، والمشاهدة لا تتصور إلا على معنى الصفة بأن يريد عيناً بصفة النوع الذى يسلم فيه، وإذا تعذرت المشاهدة لم يبق إلا الصفة ومتى عرى العقد منهما كان مجهولاً وغرراً، وليس يلزم أن يذكر جميع الصفات حتى لا يخرج منها لشيء لأن ذلك لا يمكن ولا يحتاج إليه، وإنما المحتاج إليه ما يتعلق به الغرض ويقف عليه المقصد ويزداد فى الثمن لأجله ويرغب فى إسلافه لمكانه، فإذا حصل كفى عن زيادة عليه وذلك يختلف فى أنواع المبيعات بما يعرفه أهل كل نوع من وصفه عندهم مما يقصد من صفاته، فإذا ثبت هذا فحصر الباب: أن كل سلعة جاز أن تباع مشاهدة وتحصرها الصفة إذا غابت عن العين، فإن السلم فيها جائز من سائر العروض والحيوان والأطعمة وغيرها فيستغنى بذلك عن التكرير بأعيان المسائل وتفصيلها إلا مواضع يختلف فيها.

فصل

يجوز السلم فى الرقيق وسائر الحيوان خلافاً لأبى حنيفة^(١)، لما روى أنه ﷺ أرخص فى السلم^(٢)، وفى حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً فنفلت الإبل فأمره أن يأخذ على قلاص^(٣) الصدقة، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى أجل الصدقة^(٤)، ولأن الحيوان يثبت فى الذمة إما سلماً وإما قرضاً لأنه ﷺ استقرض بكرة ورد رباعياً^(٥)، ولأنهم يوافقونا فى تعلق الحيوان بالذمة مهرًا وخلعًا وكتابة وصلحًا، فنقول: لأن الحيوان يتعلق بالذمة مهرًا، فجاز أن يتعلق بها سلماً وقرضاً اعتباراً بالثياب، ولأنه عقد معاوضة فجاز أن يكون الحيوان فيه عوضاً فى الذمة، أصله النكاح ولأن الحيوان يضبط بالصفة، وكذلك قال رسول الله ﷺ: «لا تصف المرأة المرأة لزوجها حتى كأنه يراها»^(٦)،

(١) انظر الهداية للمرغيناني (٧٩/٣)، الاختيار للموصلى (٤٥/٢).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) القلاص جمع قلوص وهى الشابة من الإبل أو الباقية على السير أو أول ما يركب من إنائها إلى أن تنثى ثم هى ناقة، القاموس المحيط (٣١٤/٢).

(٤) أخرجه أبو داود: البيوع (٢٤٨/٣) ح (٣٣٥٧)، والدارقطنى: سننه (٧٠/٣) ح (٢٦٣)، والبيهقى فى الكبرى (٤٧١/٧) ح (١٠٥٢٩) من حديث عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما.

(٥) أخرجه مسلم: المساقاة (١٢٢٤/٣) ح (١٦٠٠/١١٨)، وأبو داود: البيوع (٢٤٥/٣) ح (٣٣٤٦)، والترمذى: البيوع (٦٠٠/٣) ح (١٣١٨).

(٦) أخرجه الطبرانى فى الكبير (١٤٠/١٠) ح (١٠٢٤٧)، وأصله فى الصحيح بغير هذا السياق.

وكذلك دية العمدة والخطأ بالصفة، والعبيد يضبطون بالصفة في الجنس واللون والسن والهيئة.

فصل

السلم في الدنانير والدراهم جائز خلافاً لأبي حنيفة^(١) لقوله ﷺ: «... فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم»^(٢) فعم، ولأن كل ما جاز أن يكون في الذمة ثمنًا جاز أن يكون مثنونًا، أصله الثياب، ولأنه يمكن ضبطها بالصفة فيذكر جنس فضتها وسكتها وخفتها وثقلها ووزنها، وكونها صحاحًا وجيادًا فجاز السلم فيها.

فصل

يجوز السلم في اللحم بصفة معلومة خلافاً لأبي حنيفة^(٣)، لأنه يضبط بالصفة فيقال: لحم ضأن معلوف من كبش أو من خروف أو لحم معز، وإن اختلفت الأغراض في مواضعه من الشاة من صدر أو فخذ أو جنب ذكر.

فصل

يجوز السلم في الرؤوس والأكارع خلافاً لأبي حنيفة^(٤) ولاحد وجهي الشافعي^(٥) لأنه يصح ضبطها بالصفة من السمانة والجنس وفروع هذا الباب كثيرة وجملها قد ذكرناها.

فصل

وإنما قلنا: يجب أن يكون مقدراً بكيل معلوم أو وزن أو عدد أو غيره من المقادير على حسب المسلم فيه وما يعرف به مقداره عند أهله ليتفق عنه الغرر بالجهل ويحصل العلم لكل واحد للبائع بما اشتغلت به ذمته وللمسلم بما يطالب به وما عاوض عليه،

(١) الهداية للمريغيناني (٧٨/٣).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) قال الموصلي: (ولأبي حنيفة أن اللحم يتفاوت تفاوتاً فاحشاً بغير العظم وصغره فعلى هذا لا يجوز أصلاً، الاختيار للموصلي (٤٥/٢)، الهداية للمريغيناني (٧٩/٣).

(٤) الهداية للمريغيناني (٧٩/٣)، الاختيار للموصلي (٤٥/٢).

(٥) قال النووي: (لا يجوز السلم في رؤوس الحيوان على الأظهر والأكارع كالرؤوس قلت: فإذا جازناه في الأكارع فمن شرطه أن يقول من الأيدي والأرجل)، روضة الطالبين (٢٢/٤)، حاشية الجمل على شرح المنهج (٢٤١/٣).

وراعينا عادة أهل كل بلد فى معرفة مقادير السلم عندهم لأنهم إن حملوا على خلافه دخلت الجهالة لأن قصدهم من معرفة المبلغ الوجه الذى ألفوه بينهم.

فصل

وإنما قلنا: يجب أن يكون رأس المال معلوماً بمثل ماله وجب ذلك له فى الطرف الآخر، لأنه أحد الطرفين فى السلم اعتباراً بسائر البياعات.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون رأس المال نقداً لأنه متى كان مؤجلاً دخله الدين بالدين، وإنما قلنا: إن قبضه فى مجلس العقد ليس بشرط وأنه يجوز تأخير اليوم واليومين بغير شرط التأجيل لأن ذلك لا يخرج به إلى الدين بالدين، إذ لا بد من استثناء مدة يمكن فيها وزن المال ونقده، وجرى العادة بتراخى الوزن والإقباض عن وقت الإيجاب والقبول، ولأن من ابتاع ثوباً بنقد فتأخر قبض الثمن يوماً أو يومين لم يخرج ذلك عن النقد ولم يدخل فى حيز الأجل.

فصل

وإنما قلنا: إن الأجل شرط فى السلم وأنه لا يجوز أن يكون حالاً خلافاً للشافعى^(١)، لقوله ﷺ: «فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم وأجل معلوم»^(٢)، ولأن السلم إنما يجوز ارتفاعاً للمتعاقدين لأن المسلم يقدم الارتخاض والمسلم إليه يرغب فى إرخاض الثمن للرفق الذى له فى استعجال الانتفاع به، وفى الصبر والتأخير، فوجب أن ما أخرج ذلك عن بابيه ممنوع لأنه إذا كان حالاً زال هذا الرفق.

فصل

ووجه قوله: إنه يجوز إلى الأجل القريب والبعيد قوله ﷺ: «إلى أجل معلوم»^(٣)، فعم، واعتباراً بالأجل البعيد، ولأنه معنى يشترط فى السلم، فجاز قليله وكثيره، أصله مقدار المسلم فيه، ووجه قوله: إنه لا يجوز إلا إلى أجل تختلف فى مثله الأسواق أن

(١) الحاوى الكبير للماوردي (٣٩٥/٥)، روضة الطالبين (٧/٤).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

المقصود من السلم الارتفاق من انتفاع البائع بتقديم المال والمسلم بما يرتخصه ليحصل له من تغير الأسواق واختلافها ما يريده، وإذا أضرباً أجلاً لا يوجد فيه هذا المعنى لم يحصل الرفق المقصود فكان فى معنى الحال.

فصل

وإنما قلنا: إن الأجل يكون معلوماً لقوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، قال ابن عباس: هو السلم، وقوله ﷺ: «إلى أجل معلوم»^(١)، ولأن الجهل بمدة السلم غرر كالأجل فى الديون.

فصل

ويجوز السلم إلى الحصاد والجذاذ وقدم الحاج خلافاً لأبى حنيفة^(٢) والشافعى^(٣)، لأنه وقت يعرف فى العادة لا يتفاوت اختلافه كقولك إلى شهر كذا وكذا أو إلى النيروز أو المهرجان^(٤).

فصل

وإنما قلنا: إن شرطه أن يوجد المسلم فيه عند الأجل لأن الغرض بالسلم حصول المسلم فيه بإزاء العوض المبدول فى مقابله، فإذا لم يوجد عند المحل كان غرراً وعائداً بالجهل لأنه إما أن يفسخ العقد فيرجع المسلم بالثمن على غرر أو يصبر إلى وقت وجوده، وذلك انتقال من أجل إلى أجل ويصير كمن عقد على عين الغير والبائع لا يقدر على تسليمها، وكل ذلك غير جائز.

فصل

وإنما لم يجعل وجوده عند العقد شرطاً فى صحة العقد خلافاً لأبى حنيفة^(٥) لقوله

(١) تقدم تخريجه.

(٢) الهداية للمرغينانى (٣/ ٨١)، الاختيار للموصلى (٢/ ٤٢).

(٣) روضة الطالبين (٤/ ٧).

(٤) النيروز أول يوم من السنة معرب (نور) قدم إلى «على» شىء من الحلاوى فسأل عنه فقالوا:

للنيروز، فقال: نيزو ناكل يوم وفى المهرجان قال مهرجانا، القاموس المحيط (٢/ ١٩٤).

(٥) انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٨٠).

ﷺ: «فى كيل معلوم وورن معلوم إلى أجل معلوم»^(١) فعم، ولأنه وقت لا يجب التسليم فيه فلم يضر فقده فيه أساساً بين العقد والأجل.

فصل

وإنما قلنا: إن الأولى أن يذكر الموضع الذى يسلم فيه ليزول التخاصم بين المتبايعين ويكونا قد دخلا على معرفة بذلك، وقلنا: إن تركا ذكره لم يضر لأن الأمر يحمل على العرف فى مثل ذلك فيصير العرف كالمشروط.

فصل

إذا عقد السلم على الشروط التى ذكرناها صح وجازت المسامحة بعد ذلك من أحدهما للآخر ما لم يعد ينقض أصله أو بذريعة إلى فعل محظور من بيع وسلف أو وضع وتعجيل أو معاوضة على إسقاط ضمان [أو بيع طعام قبل قبضه]^(٢) أو بيع طعام بطعام متأخر أو ما أشبه ذلك من الوجوه الممنوعة، فمتى أدت المسامحة إلى شىء من ذلك لم يجز وإن سلمت منها فهى جائزة ونحن نبين من ذلك ما ينكشف به ما ذكرناه فيه.

فصل

وإذا أسلم فى حنطة موصوفة إلى الأجل، فلما حل أراد أن يأخذ بمكيلتها صفناً أعلى منها أو أدون أو شعيراً أو سلتاً فلا بأس بذلك، فإن كان ذلك قبل المحل فلا يجوز، والفرق بين الموضعين أن الأجل إذا لم يحل فأخذ الدون وضع وتعجيل، لأن التقديم غير مستحق له، فإنما رضى بدون شرطه لتعجله وأخذ الزيادة فى مقابلة إسقاط الثمن عند البائع لأنه يخاف إن بقى فى ذمته إلى وقت أجله ارتفاع أسواقه وغلاء ثمنه وتلزمه كلفة إلى ذلك الوقت فى حفظه وتعهدده ويعلم أنه لا يلزم المسلم قبوله قبل الأجل، فتكون الزيادة فى مقابلة جميع هذا، وإذا حل الأجل أمن من ذلك كله لأنه إن كان أخذ الدون فذلك مسامحة لأنه ليس بمتعجل شيئاً لا يستحقه لأن الأجل قد حل وإن أخذ الأعلى فذلك مسامحة من المسلم إليه، لأنه لا يستحق عليه بيقية السلم فى

(١) تقدم تخرجه.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (١).

ذمته زيادة على الأجل فيحمل ذلك عليه، فبان الفرق بينهما وإن كان ذلك فى غير الجنس أو النوع امتنع فى الطعام وجاز فى غيره لأنه إذا أسلم إليه فى كر^(١) حنطة، فلما حل الأجل أعطاه مكانه عدسًا أو أرزًا أو حمصًا أو غير ذلك من أنواع الطعام أو العروض أو الحيوان لم يجرى شيء من ذلك لأنه بيع الطعام قبل قبضه وقصد المتاجرة والمغابنة وخروج عن المعروف والمسامحة.

وأما فى غير الطعام فيجوز كأنه أسلم إليه فى عشرة أثواب قصب بصفة معلومة وغزل معروف، فلما حل الأجل رجع إليه عنها شيئًا من غير جنسها مثل الطعام أو الحيوان، فإنه يجوز لأنه بيع الثياب المسلم فيها قبل قبضها وذلك جائز بخلاف الطعام، وهذا إذا قبض الشيء الذى يتقل إليه فإن لم يقبضه وكان فى ذمة المسلم إليه لم يجرى لأنه يصير دينًا بدين، فأما إن دفع إليه قبل حلول الأجل مثل طعامه فى الكيل والصفة فله أن يقبله وله أن لا يقبله خلافاً للشافعى فى قوله: إنه يلزمه أن يقبل العروض وكل ما سوى الحيوان^(٢)، لأن الأجل فى السلم حق لهما، فلما كان المسلم لو طالب به قبل حلول أجله لم يلزم المسلم إليه دفعه لأنه فى ذلك إسقاط حقه من تبقيته فى ذمة المسلم إليه وضممانه وأن يسقط عنه حفظه ومراعاته، فإذا ثبت ذلك وتراضيا على أخذه قبل الأجل جاز لأنه مسامحة من أحدهما للآخر.

فأما الذهب والفضة فيلزم من تدفع إليه قبل محلها أخذها بخلاف غيرها من الطعام والعروض لأنه لا يجرى فيها من تغير الأسواق واختلاف الأسعار ما يجرى فى سائر الثمنات ولا يحتاج إلى حفظ ولا مراعاة ولا تلزم عليها مؤونة ولا يخاف عليه فساد، فكان الأجل فيها حقًا ينفرد به من هى عليه والله أعلم، وهذا الذى ذكرناه فى الذهب والفضة يستوى فيه البيع والقرض، فأما ما عداه فالأجل فى المعاوضة حق لهما لا يلزم أحدهما قبول ما يتعجل منه إلا برضاه، وفى القرض حق المستقرض وحده، فإن عجله لزم المالك قبوله.

- (١) الكر. بالعلم مكىال للعراق أو هو ستون قفيزًا أو أربعون أردبًا، القاموس المحيط (١٢٦/٢).
 (٢) قال النووي: (فإن أتى به المسلم إليه قبله فامتنع من قبوله قال جمهور الأصحاب: إن كان له غرض فى الامتناع بأن كان متذهب أو كان حيوانًا يحتاج علفًا أو ثمرة أو لحمًا يريد أكلها عند المحل طريقًا أو كان يحتاج إلى مكان له مؤونة كالحنطة وشبهها لم يجد على القبول وإن لم يكن له غرض فى الامتناع فإن كان للمؤدى غرض سوى برآءة الذمة بأن كان به رهن أو كفيل أجبر على القبول على المذهب)، روضة الطالبين (٣٠/٤).

فصل

وإذا أسلم فى طعام أو عرض إلى أجل ودفع الثمن فلما حل الأجل أخذ البعض وأقال من الباقي فلا يجوز ذلك لأنه ذريعة إلى السبيع والسلف، وذلك أن التهمة تقوى فى أنهما تواطئا على البيع والسلف وسمياه بيعاً ليتطرق بذلك إلى جوازه كأنه قال له بعنى عشرة أكرار بمائة دينار، فقال: لا أفعل إلا أن تسلفنى مائة دينار. [فقال: إن البيع والسلف لا يجوز ولكن يجعل السلم فى عشرين كراً بمائتى ديناراً^(١)، فإذا حل الأجل أقلتك من عشرة أكرار وأخذت عشرة فيتتفع البائع بثمن العشرة ثم يرد بدله فيصير بيعاً وسلفاً، ولا يجوز إلا أن يكون الإقالة فى الشيء اليسير الذى لا يخاف منه ذلك ولا تقوى التهمة لأجله مثل أن يسلفه فى عشرين كراً فيقبله من كره ونصف كره أو الأمر الخفيف، فهذا لا يقوى التهمة إلا أن يكونا قصداً بيع عشرين كراً بمائتى دينار ليتتفع بدينار أو بخمسة، وكذلك لو أقاله من النصف وكان رأس المال معيباً فرده بعينه، فيعلم أنه لم يتتفع به بأن ذلك جائز غير ممنوع لأن الإقالة تصرف إلى الفرق وإعوار الإتمام أو غيره من الأعذار.

فصل

فإذا باع شيئاً من الطعام كله أى طعام كان مما فيه الربا أو مما لا ربا فيه بثمن إلى أجل فلا يجوز أن يأخذ بثمنه عند أجله ولا قبل أجله ولا بعده طعاماً لا من جنسه ولا من غير جنسه إلا أن يكون من جنس ما باعه بعينه بمثل مكيلته وعلى صفته فيجوز.

وإنما قلنا ذلك لأنه يكون ذريعة إلى بيع الطعام بالطعام متأخراً وتسمية الثمن لغواً، وإذا كان من نوع طعامه فى الكيل والجودة والصفة جار لأن الأمر لا يحمل على طعام بطعام [متأخراً]^(٢) قصداً للنساء إذ لا فائدة فيه فيتهدمان أنهما قصداً، وإنما يُنزل على القرض أو الإقالة.

فصل

السلم فى الطعام من قرية بعينها أو ثمرة حائط بعينه على ضربين: إن كان مما يخلف

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) سقط من (ل).

ولا يؤمن تلفه فلا يجوز لأن ذلك غرر، وكالسلم فى العين وذلك غير جائز، فإن كان مما لا يخلف فى العادة ولا بد أن يسلم أو أكثره، وإن جاز تلف بعضه فلا بأس مثل أن يسلم فى عشرة أكرار تمر برنى من أعمال البصرة فيجوز لأن التعيين ليس يفيد أكثر من التعريف ووصف النوع^(١) المسلم فيه، كما لو قال: أسلفتك فى عشرة أكرار حنطة بصفة كذا من حنطة الشام أو المشرق لجاز للعادة الجارية لأن الأقليم الذى أضافه إليه لا يختلف.

فصل

والتفاضل فى المبيعات كلها على ضربين: منها ما يحرم نقدًا أو نساء وهو القوت وما فى معناه والأثمان فقط، ومنه ما يحرم نساء ولا يحرم نقدًا، وعلة ذلك عندنا الجنس بمجرد فلا يجوز فى شيء من الأشياء اثنان بواحد من نوعه إلى أجل على وجه والجنسية المعبرة فى ذلك: اتفاق الأغراض والمنافع واختلافهما، فمتى اتفقت لم يجز بيع اثنين بواحد من النوع الذى اتفقت فيه إلى أجل على وجه وما اختلفت جاز، وإن كان جنس الحلقة والنسبة يجمعهما كالغنم التى جنسها واحد وبعضها يراد للحم وبعضها يراد للبن، فإن كان الغرض فيهما واحدًا لم يجز التفاضل مع النساء، وكذلك العبيد يجوز العبد الرومى الذى يراد للحرث والزراعة بالعبد من جنسه يراد أن لغير ما يراد له من المنافع ومثله البازل^(٢) من الإبل الذى يراد للحمولة والراحلة بائنتين من القلاص المرادة للحم، وكذلك سائر الحيوان والعروض.

وقال أبو حنيفة: الجنس بمجرد علة منع بيع بعضه ببعض نساء^(٣).

وقال الشافعى: كل ما لاربا فى نقده جائز بيع بعضه ببعض نساء جنسًا كان أو جنسين^(٤).

فالخلاف مع أبى حنيفة فى جواز بيع الواحد من جنسه ونوعه إلى أجل، فدللنا على جوازه قوله عز وجل: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وحديث عبد الله بن عمر

(١) ثبت فى (ب) (العين).

(٢) البازل. البعير إذا طلع نابه وذلك فى تاسع سنه وليس بعده سن تسمى، القاموس المحيط (٣/٣٣٤).

(٣) الاختيار للموصلى (٢/٣٦ - ٣٧)، الهداية للمرغينانى (٣/٦٨).

(٤) الحاوى الكبير للماوردي (٥/٨١).

أنه: **«وَاللَّهِ أَمره أن يأخذ البعير بالبعيرين إلى أجل الصدقة»**^(١)، وروى ذلك عن علي^(٢)، وابن عمر^(٣)، ولا مخالف لهما، ولأن كل عيتين لا يحرم التفاضل في نقد أحدهما وهما على ضروب من اختلاف الصفات تختلف معها منافعها وتباین الأغراض فيهما، فإن أسلم أحدهما في الأخرى جاز، أصله الجنسان لأن الثور الذي يصلح للحرث والدراس يراد لقوته وعمله وذلك غير الغرض الذي يراد له لثور المعلوف الذي لا يراد إلا للسمانة واللحم وذلك بين فيما قلناه.

فصل

ودليلنا على الشافعي قوله تعالى: **﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾** [البقرة: ٢٧٥] والربا الزيادة، ونهيه **«وَاللَّهِ** عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة^(٤)، وهذه المسألة من الذرائع وهي ممنوعة عندنا ومعناها أن يمنع الشيء الجائز إذا قويت التهمة في التطرق به والتذرع إلى الأمر المحظور، وقد وافقونا في ذلك على مسائل منها قرض الجوارى وغيرها، ووجه الذريعة في هذا [الموضع]^(٥) أنه يكون قرضاً يجبر نفعا كأن أحد الرجلين يقول للآخر: أقرضني فرساً أو ثوباً من صفته كذا وأرد عليك ثوبين مثله إلى شهر فيقول: إن هذا قرضاً يجبر نفعا وذلك ممنوع ولكن أبيعك ثوباً بثوبين فيحصل من ذلك استعمال القرض في الباطن بلفظ البيع فمتى أجزأه حصل منه ذريعة إلى المنوع لقوة التهمة فيه.

(١) تقدم تخريجه من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ: البيوع (٦٥٢/٢) ح (٥٩)، والبيهقي في الكبرى (٤٧١/٥) ح (١٠٥٣٠).

(٣) أخرجه مالك في الموطأ: البيوع (٦٥٢/٢) ح (٦٠)، والبيهقي في الكبرى (٤٧١/٥) ح (١٠٥٣١).

(٤) أخرجه أبو داود: البيوع (٢٤٧/٣) ح (٣٣٥٦)، والترمذي: البيوع (٥٢٩/٣) ح (١٢٣٧)، وقال: حسن صحيح، والنسائي: البيوع (٢٥٧/٧)، (باب بيع الحيوان بالحيوان نسيئة)، وابن ماجه: التجارات (٧٦٣/٢) ح (٢٢٧٠).

(٥) ثبت في (١) (المنوع).

باب

القرض^(١) جائز لأنه فيه خير وبر ولأنه ﷺ اقترض^(٢) وندب إلى القرض وقال: «كل معروف صدقة»^(٣).

فصل

ويجوز إقراض الذهب والورق والعروض والحيوان كله سوى الإماء، وإنما قلنا ذلك لأن القرض لا يؤدي إلى محظور في هذه الأشياء، فجاز فعله وأجزأه في سائر الحيوان خلافاً لأبي حنيفة^(٤) لأنه ﷺ استقرض بكرة فقصى رباعياً^(٥)، ومنعناه في الإماء خلافاً لداود وغيره^(٦)، لأنه ذريعة استباحة فرج بغير نكاح ولا ملك فكان في معنى العارية لأن المقرض يطاء الأمة ثم يردّها فيلزم المالك قبولها ويصير مبيعاً لو طئها، ولأنها منفعة لا تستباح بالعارية فلم تستبح بالقرض كوطء الزوجات.

فصل

وإذا ثبت ذلك فإن اقترض أمة ردّها ما لم يطاها اعتباراً بسائر ما يقترض لأن قبول رده حق للمستقرض فيلزم المقرض قبوله، فإن وطئها لم يجز له ردّها لأنه متى ردّها حصل منه إباحت فرج بغير نكاح ولا ملك ولزمته قيمتها لربها لأنه وطء بشبهة أسقطت عنه الحد فوجب تقويمها عليه لتكامل الشبهة في درء الحد عنه اعتباراً بوطء بينه وبين غيره.

(١) القرض لغة القطع سمي المال المدفوع للمقرض قرضاً لأنه قطع من مال المقرض، وشرعاً عرفه ابن عرفة بقوله: دفع متمول في عوض غير مخالف له لا عاجلاً، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٢٢/٣).

(٢) تقدم تخريجه من حديث أبي رافع: «أن رسول الله ﷺ استسلف من رجل بكرة...».

(٣) أخرجه البخاري: الأدب (٤٦٢/١٠) ح (٦٠٢١) ومسلم: الزكاة (٦٩٧/٢) ح (١٠٠٥/٥٢).

(٤) قال صاحب الفتاوى: ولا يجوز فيما ليس من ذوات الأمثال كالحيوان والخياب والعديدات المتفاوتة، الفتاوى الهندية (٢٠١/٣).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) انظر المغنى لابن قدامة (٣٥٥/٤ - ٣٥٦).

فصل

القرض الجار للنفع حرام لئنه ﷺ عنه^(١)، فإن تطوع المقرض من غير شرط ولا عادة بزيادة فى صفة أو عدد جار لأنه ﷺ اقترض بكرًا فقضى رباعيًا وقال: «خياركم أحسنكم قضاء»^(٢)، وروى أن ابن عمر اقترض من رجل دراهم فرد عليه خيرًا منها فامتنع من أخذها وقال: هذه خير من دراهمى، قال ابن عمر: فإن نفسى طيبة بها^(٣).

فصل

وأما السفاتج^(٤) فمنعها مالك وأجازه غيره فينظر: فإن كان ذلك لنفع الآخذ فلا بأس مثل أن يقرض رجل رجلاً دنائير ببغداد والمقرض بلده البصرة فيقول المعطى: أنا أقرضك هذه الدراهم هاهنا ببغداد وتدفعها إلى وكيلى بالبصرة أو أجيء أنا البصرة فأخذها منك حتى لا تحتاج إلى تكلف السفر بها، فهذا جائز لأنه جميل ولا نفع للمعطى، فإن كان النفع فيه للمعطى مثل أن تكون عليه دراهم بالبصرة ويريد أن ينقدها إلى هناك دراهم فيخاف غرر الطريق فيقرضها لمن يدفعها إلى غريمه بالبصرة فيريح هو نفقة الطريق والغرر، فلا يجوز لأنه قرض يجبر نفعًا ومن أجازها علله بأنه ليس لها حمل ولا مؤنة.

فصل

إذا لم يشترط بالقضاء موضعًا لزم المقرض القضاء فى الموضع الذى أقرض فيه لأن غيره من المواضع تكليف للمقرض ومؤونة وخسران والتزام وغرر، وكذلك للمقرض إن كان القرض نفعًا [للمقرض]، وذلك غير جائز فإن لقيه فى موضع آخر فأخذه به لم يلزمه ذلك ولكن يخرج معه إلى الموضع الذى اقترض منه فيه أو يوكل من يقضيه فى

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٥٧٣/٥) ح (١٠٩٣٣)، وانظر نصب الرأية (٤/٦٠).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ: البيوع (٦٨١/٢) ح (٩٠)، والبيهقى فى الكبرى (٦٧٦/٥) ح (١٠٩٤٤).

(٤) جمع سفتجة: بفتح السين المهملة والتاء المثناة فوق بينهما فاء ساكنة وبالجيم: هى كتاب لصاحب المال إلى وكيله فى بلد آخر ليدفع إليه بدله، وفائدته: السلامة من خطر الطريق ومؤنة الحمل، المطلع (ص/٢٦٠).

ذلك الموضع، فإن اتفقا على القضاء فى بلد آخر، فإن كان بعد محل الأجل جار لأن ذلك رفق من البازل والقابل، وإن كان قبله لم يجوز لأنه فى مقابلة التعجيل.

فصل

وإذا أقرضه إلى أجل لم يكن له مطالبته قبل الأجل خلافاً للشافعى^(١) لقوله ﷺ: «كل معروف صدقة»^(٢)، وقوله ﷺ: «الراجع فى هبته كالراجع فى قيئه»^(٣)، ولأن الأجل قد صار حقاً للمقترض فأشبهه الأجل فى السلم.

(١) روضة الطالبين (٣٤/٤).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه البخارى: الهبة (٢٧٧/٥) ح (٢٦٢١)، ومسلم: الهبات (١٢٤١/٣) ح (١٦٢٢/٧).

باب

وإذا أسلم فى عرض ثمنًا معلومًا ثم أراد يبعه من المسلم إليه قبل قبضه، فإن باعه بمثل ثمنه أو أقل منه جاز وإن كان بأكثر لم يعجز.

وإنما قلنا ذلك لأنه لا تهمة فى أن يبعه بمثل الثمن أو أقل منه لأنه يزن درهماً ويأخذه بعد مدة لأن ذلك الدرهم لا زيادة عليه أو دونه وكأنه أقاله أو ندم فباعه بنقصان، وإذا باعه بالزيادة اتهم أن يكون أقرضه دراهم بأكثر منها إلى أجل وتسمية القرض الذى سمّياه لغواً لم يتحصل وذلك ذريعة إلى الربا.

فصل

ويجوز أن يبيعها من غير بائعه بمثل ثمنه أو أقل أو أكثر يدًا بيد لأن غير البائع لا تهمة بينه وبينه، ولا يجوز أن يؤخر الثمن عليه لثلا يكون دينًا بدين.

فصل

إذا باع سلعة بثمن إلى أجل ثم أراد أن يشتريها من الذى باعها إياه فلا يخلو أن يشتريها نقدًا أو إلى أجلها أو إلى أجل أبعد من أجلها، ثم لا يخلو أن يشتريها بمثل ثمنها أو بأقل أو بأكثر، فهذه سبعة أقسام: يمنع منها قسمان فقط ويجوز باقيها والذى يحقق منه أن يشول أمره إلى أن يزن درهماً ويأخذ بعد مدة أكثر منه، فهذا القدر هو الممنوع وهو أن يبيعها بمائة إلى شهر فيبتاعها نقدًا أو إلى دون الشهر بثمانين أو إلى شهرين بمائة وعشرين، ففي هذين الموضعين يمنع لأنه إذا ابتاعها نقدًا بثمانين حصل منه أنه وزن ثمانين وأخذ بعد مدة مائة وتسمية الثمن والبيع لغواً، وكذلك إذا ابتاعها إلى شهرين بمائة وعشرين حصل منه أنه يأخذ من المشتري بمائة ويعطيه بعد مدة مائة وعشرين وذلك ذريعة إلى الربا فيجب منعه، خلافاً للشافعى^(١) فى قوله: إنه جائز، وذلك لو جاز لأبيع التذرع إلى الربا والعينة، وهى أن يقول الرجل للرجل: ابتع لى هذه السلعة بعشرة دنائير وأنا أريحك ديناراً، فيفعل ذلك فيحصل منه قرض عشرة بأحد عشر من غير حاجة البائع إلى السلعة، وإنما تذرع بها إلى قرض الذهب بأكثر منها، وإذا

(١) انظر الحاوى الكبير للماوردى (٤٠٥/٥).

وجدنا فعلاً من الأفعال يقع على وجه واحد لا يختلف إلا بالنية من فاعله وظاهره واحد ولم يكن لنا طريق إلى تمييز مقاصد الناس ولا إلى تفصيل أغراضهم وجب حسم الباب وقطع التطرق إليه، فهذا وجه بنائها على الذريعة، ولأن الصحابة سلكوا هذه الطريقة في منع البيع في هذه المسألة لأن ابن عباس سئل عن رجل باع سلعة بمائة ثم اشتراها بخمسين، فقال: الدراهم بالدراهم متفاضلة، والسلعة دخلت بينهما^(١)، وهذا نص قولنا، ونكتة المسألة حديث زيد بن أرقم: أن أم ولده باعته جارية بثمانمائة درهم إلى العطاء ثم اشترتها بعد ذلك بستمائة فقالت لها عائشة رضى الله عنها: بشس ما [شريت]^(٢) وبشس ما اشتريت أبلغى زيد بن أرقم أنه أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب فقالت: فما أصنع؟ قالت عائشة رضى الله عنها: قال الله تعالى: ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، واشتهرت هذه القصة والإنكار من الصحابة^(٣) ولم يختلف عليها أحد فيه، وإذا ثبت منع ذلك فقد ذكرنا أن هذه الأقسام سوى هذين القسمين لا تمتنع فيها، أما شراؤه إياها بمثل الثمن ولا تهمة فيه سواء كان نقداً أو إلى أجل أو إلى ما بعده لأنه وزن درهماً وأخذ مثله أو أخذ درهماً ورد مثله، وكذلك شراؤها إلى الأجل بمثل الثمن أو بأقل أو بأكثر لأنه لا تهمة فيه [ولأنه لم يزن درهماً ويلقى بها مرة أكثر منه فيستهم والنقد لا تهمة فيه]^(٤)، وإنما التهمة في التأخير أن يكون دفع بالقليل الذى لم يأخذه طول المدة ثم يزن بعد المدة أكثر منه، فأما في الحال فلا تهمة فيه، وشراؤها نقداً بأكثر من الثمن أو إلى أجل بعد الأجل بأقل منه لا تهمة فيه، لأنه يزن درهماً ويأخذ بعد مدة أقل منه أو يأخذ درهماً ويرد بعد مدة أقل منه والله أعلم.

فصل

واعينة ممنوعة لأنها ذريعة إلى الربا وقرض دراهم بأكثر منها، صفتها: أن يسأل الرجل أن يبتاع له سلعة ليست عنده فيقول له: اشتريها لى من مالك بعشرة دنانير نقداً وهى لى باثنى عشر إلى شهر كذا فهذا ذريعة إلى الربا على ما ذكرناه.^(٥)

(١) أثر آخر.

(٢) ثبت في بعض النسخ (ما اشتريت)، وما أثبتناه من (١) بالرجوع إلى مصدر الحديث.

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى. في البيوع (٥٣٩/٥) (الحديث ١٠٧٩٨).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٥) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٨٨/٣).

باب

بيع الثمار يقع على وجهين: أحدهما قبل بدء الصلاح فيها، والآخر بعده، فأما قبله فلا يخلو أن يقع على أحد ثلاثة أوجه: إما أن يقع بشرط القطع أو بشرط التبقية أو مطلقاً، فأما بيعها بشرط القطع فجائز من غير خلاف^(١) لانتفاء الغرر فيها، ولأنه باع شيئاً قبل قبض المشتري عقيب العقد من غير مراعاة لأمر يخافه مع التبقية.

فصل

وأما بيعها بشرط التبقية فباطل من غير خلاف^(٢)، والأصل فيه نهيه ﷺ عن بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها نهى البائع والمشتري^(٣)، وروى أنه ﷺ: «نهى عن بيع الثمار حتى تزهى، قيل: وما تزهى: حتى تحمر أو تصفر»^(٤)، وقال: «أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه»^(٥)، ولأن الغرر يكثر فيها والانتفاع يقل بها، والآفات والعاهات لا تؤمن عليها في تبقيتها، وهذه فائدة قوله ﷺ: «أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه»^(٦)، فإذا تتابع طيها أمنت الآفات عليها في الغالب وقلَّ الغرر فيها، فجاز بيعها.

فصل

وأما بيعها مطلقاً فغير جائز خلافاً لأبي حنيفة^(٧)، «لنهيه ﷺ عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها»^(٨) فعم، وروى: «أنه ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود والحب حتى

(١) المغنى لابن قدامة (٢٠٢/٤).

(٢) المغنى لابن قدامة (٢٠٢/٤).

(٣) أخرجه البخارى: البيوع (٤٦٠/٤) ح (٢١٩٤) ومسلم: البيوع (١١٦٥/٣) ح (١٥٣٤/٤٩).

(٤) أخرجه البخارى: البيوع (٤٦٥/٤) ح (٢١٩٨) ومسلم: المساقاة (١١٩٠/٣) ح (١٥٥٥/١٥).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) انظر الفتاوى الهندية (١٠٦/٣).

(٨) تقدم تخريجه.

يَشْتَدُّ^(١)، والنهي يدل على فساد المنهى عنه، وتعليق الحكم بغاية يفيد مخالفة ما قبل الغاية لما بعدها، ولأنه عقد على ثمرة مقدرة قبل بدو الصلاح، من غير شرط القطع فلم يصح أصله إذا كان يشترط التبقية.

فصل

فأما بيعها بعد بدو الصلاح فإنه أيضاً لا بد وأن يقطع على أحد الثلاثة [الأوجه]^(٢): فإن بيعت بشرط القطع فجائز من غير خلاف، لأنه إذا جاز ذلك قبل بدو الصلاح فبعده أولى، وإن بيعت بشرط التبقية جاز أيضاً خلافاً لأبي حنيفة^(٣) لقوله عز وجل: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ولنهيهِ ﷺ عن بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها فأطلق، ولأن الإطلاق جائز باتفاق وهو مقتضى للتبقية فاشتراطها تأكيد لمقتضى الإطلاق.

فصل

فإن بيعت على الإطلاق فجاز أيضاً من غير خلاف، والإطلاق يقتضى التبقية ولذلك منعناه قبل بدو صلاحها خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنه يقتضى القطع^(٤)، لقوله ﷺ: «أرأيت إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه»^(٥) ومنع الثمرة ذهابها بجائحة أو آفة من السماء، وذلك إنما يخاف على ثمرة تبقى ويستدام تبقيتها ويؤمن فيما يشترط فيه القطع، ولأن الإطلاق في العقود محمول على العرف فيكون كالمشترط بدليل وجود ذلك في النقد والسير والحمولة وغيرها وفي نقل ما ينقل من المبيعات والعرف في الثمار إذا بيعت تبقيتها إلى وقت الجذاذ والإدراك فوجب حمل الإطلاق على ذلك.

فصل

بدو الصلاح في الثمار يختلف بحسب اختلاف الغراس، ففي النخل بأن يحمر أو

(١) أخرجه أبو داود: البيوع (٢٥١/٣) ح (٣٣٧١)، والترمذي: البيوع (٥٢١/٣) ح (١٢٢٨) وقال: حسن غريب، وابن ماجه: التجارات (٧٤٧/٢) ح (٢٢١٧).

(٢) هكذا في النسخ ولعل الصواب (أوجه).

(٣) الفتاوى الهندية (١٠٦/٣).

(٤) الفتاوى الهندية (١٠٦/٣).

(٥) تقدم تخريجه.

يصفر البسر وفي العنب أن يَسْوَدَ إن كان مما يَسْوَدُ أو تدور الحلاوة فيه إن كان أيضًا، والتين والبطيخ وغيرهما إدراكه وبلوغ أكله، والبقول تمام نباتها وأن يتفتح بها إذا قطعت في العادة، وقد وردت السنة بأن بدو الصلاح في الشمار الزهو وهو في النخل أن يصفر أو يحمر وفي العنب حتى يسود^(١)، وروى «أنه ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تطعم»^(٢).

فصل

إذا بدا الصلاح في نخلة من بستان جاز بيع جميع نخل ذلك البستان، وكذلك إذا بدا في نوع من الشمار كان ذلك كبذوه في جميع ذلك النوع، وهذا إذا كان طيبًا متابعًا ولم يكن مبكرًا والمراعى فيه بلوغ الزمان الذي تؤمن فيه العاهة على الثمرة غالبًا، لأن لو لم يُجَوِّز ذلك إلا بأن يعم الصلاح الحائط لحق فيه ضررًا عظيمًا ومشقة شديدة، ولا يكاد يلحق الآخر إلا بفساد الأول، فأما الطيب المبكر فلا اعتبار به لأنه لا يحصل معه الأمن من الآفة لسبقه الزمان الذي يؤمن ذلك فيه، ولأنه ﷺ قال: «حتى يبدو صلاحها»^(٣) أراد الصلاح المأمون المعتاد.

فصل

يجوز أن يباع ما يجاور المراح بطيبه وصلاحه خلًا للشافعي^(٤)، لأنه إذا جاز بيع ما في المراح بطيب بعضه جاز بيع ما حوله بطيبه لأنه لا فضل في ذلك إلا قيام الجدران، بدليل أنها لو قلعت لارتفع المنع وذلك لا يؤثر، ولأن الزمان الذي تؤمن فيه الآفة غالبًا حاصل.

فصل

لا يجوز بيع صنف من الشمار بطيب غيره كالرطب والعنب لأنها متفاوتة في الإدراك والتلاحق تفاوتًا شديدًا فلم يكن طيب بعضها دالًا على تلاحق غيره وتخلصه من الآفة.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أصله عند البخاري ومسلم بلفظ «نهى عن بيع الثمر حتى يطيب»، أخرجه البخاري: البيوع

(٤/٤٥٢) ح (٢١٨٩)، ومسلم: البيوع (٣/١١٦٧) ح (١٥٣٦/٥٣)، والطبراني في الكبير

(١١/١١) ح (١٠٨٧٠)، واللفظ له.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) الحاوي الكبير للماوردي (١٩٦/٥).

فصل

يجوز بيع المقائى والمباطخ^(١) إذا بدا صلاح أولها وإن لم يظهر ما بعده، وكذلك الأصول المغيية فى الأرض كالجزر والفجل والبصل وما أشبه ذلك، خلافاً لأبى حنيفة^(٢) والشافعى^(٣)، لقوله عز وجل: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ولأن الغرر إذا دعت الحاجة إليه وكان قليلاً جاز البيع معه ولو لم يجز فى مسألتنا البيع لجملة المقثات والمبطخة حتى يظهر إلى أحد أمرين: إما أن تفرد الموجود بالبيع، وهو إنما يؤخذ أولاً فأول، وذلك يؤدى إلى اختلاط ما ظهر بما لم يظهر، لأن خروجه متتابع فليس يؤخذ الأول إلا وقد خرج بدله ويشق التمييز بين الثمرين أو أن لا يباع إلا بعد ظهور جميعه، وفى ذلك إضاعته وإفساده، فدعت الحاجة إليه مع قلة الغرر فيه، ولأن قد اتفقنا على جواز بيع ما لم يبد صلاحه من الثمار تبعاً لما قد بدا صلاحه، وكذلك يجوز بيع ما لم يخلق تابعاً لما قد خلق.

فصل

والورد والياسمين جائز بيعه إذا حان قطافه والانتفاع به ويكون ما بعد ذلك للمشتري إلى آخر إبانته كما ذكرنا فى المقائى والمباطخ، وأما المور فلا بد فيه من ضرب أجل لأنه يبقى سنين عدة فيحتاج إلى ضرب أجل ليعلم مقدار المبيع منه وكذلك القرظ^(٤) والقصب لا يجوز بيعه حتى يفنى، لأن مدة بقائه مجهولة، ويجوز بيعه عدة جزات، ولا يجوز أن يشتري الكتان ويستثنى حبه ولا القرظ ويستثنى برسيمه إذا كان ذلك قبل جفاف الحب واستغنائه عن الماء، لأن ذلك بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط التبقية، ويجوز ذلك إذا كان قد استغنى عن الماء ويبس، ولأنه موجود مشاهدة.

فصل

بيع الحنطة فى سنبلها مفردة عن السنبل غير جائز بالإجماع، وأما بيع السنبل إذا يبس

(١) يقصد بها المزروعات التى لا تعلق ولكن يذهب على وجه الأرض. ألقاموس المحيط (١/٢٥٧).

(٢) الفتاوى الهندية (٣/١٠٦).

(٣) روضة الطالبين (٣/٥٥٨ - ٥٥٩).

(٤) القرظ ورق السلم أو ثمر السطخ، ألقاموس المحيط (٢/٣٩٧).

واستغنى عن الماء فجائز خلافاً للشافعي^(١) لما روى أنه ﷺ نهى عن بيع السنبل حتى يبيض^(٢)، [وروى: «عن بيع الزرع حتى تبيض»^(٣)]، ولأنه مأكول دونه حائل من أصل الخلقة هي كالباقلاء في قشرته السفلى.

فصل

يجوز بيع الجوز والجلوز واللوز والباقلاء في قشره الأعلى، وبه قال أبو حنيفة^(٤) وقال الشافعي: لا يجوز^(٥)، ودليلاً قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ولأنه مأكول في أكمام من أصل الخلقة فجواز بيعه كالرمان والموز، ولأن الضرورة تؤدي إلى ذلك لأن بالناس حاجة إلى بيعه رطباً لأنه ليس كل أحد يمكنه أن يجفف ثمرته وفي نزع قشرته إفساد له فلم يبق إلا جوار البيع.

فصل

وإذا ابتاع أصل نخل وفيها ثمر، فإن كان قد أبر^(٦) فهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، وإن كان لم يؤبر فهو للمبتاع من غير شرط وإن استثناه البائع لم يعجز، وقال الشافعي: يجوز^(٨)، وقال أبو حنيفة: والثمرة في الحالين للبائع قبل الإبر وبعده ولا يكون للمبتاع إلا بشرط^(٩)، ودليلاً قوله ﷺ: «ومن ابتاع نخلاً قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترطه

(١) الحاوي الكبير للماوردي (١٩٩/٥)، روضة الطالبين (٥٦١/٣).

(٢) أخرجه مسلم: البيوع (١١٦٥/٣) ح (١٥٣٥/٥٠)، وأبو داود: البيوع (٢٥٠/٣) ح (٣٣٦٨)، والترمذي: البيوع (٥٢٠/٣) ح (١٢٢٧)، والنسائي: البيوع (٢٣٨/٧) (باب بيع السنبل حتى يبيض).

(٣) لم أجده في مظانه.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) انظر الهداية للمرغيناني (٣٠/٣)، الاختيار للموصلي (٧/٢).

(٦) روضة الطالبين (٥٥٢/٣)، الحاوي الكبير للماوردي (٢٠١/٥).

(٧) قال الشيخ الدرديري: (والتأبير خاص بالنخل وهو تعليق طلع الذكر على الأئشى لئلا تسقط ثمرتها وأما التأبير في غيره من الثمار فهو بروز جميع الثمرة عن موضعها وغيرها عن أصلها، وأما الزرع فإباره أن يظهر على وجه الأرض، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١٧١/٣) - (١٧٢).

(٨) انظر الحاوي الكبير للماوردي (١٦١/٥)، المهلب (٢٧٨/١).

(٩) الهداية للمرغيناني (٢٨/٣)، الاختيار للموصلي (٦/٢).

المبتاع^(١) فشرط في كونه للبائع أن يؤبر، فدل على أنها قبل التأبير ليست له، ولأنه كامن في أصل الخلقة فوجب أن يتبعه في البيع [بمقتضى العقد كالحمل في البطن واللبن في الضرع]^(٢)، وإنما قلنا: إن البائع إن استثنى لم يجز لأنها قبل الإبار كامنة غير ظاهرة، فهي كالجنين في بطن أمه واستثناء الجنين إذا بيعت الأم غير جائز.

فصل

إذا أبر بعضها ولم يؤبر البعض، فإن كانا متساويين كان ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري، وإن كان أحدهما أكثر من الآخر ففيهما روايتان: أحدهما: أن الأقل تبع للأكثر، والأخرى: أن ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري. فوجه الأولى: أن الأصول موضوعة على الغالب على أن القليل تابع للكثير فوجب حمل هذا الموضع عليها، ووجه الثانية عموم الخبر واعتباراً بالمعراجين. وإنما قلنا: إنهما إذا كانا متساويين لم يتبع أحدهما الآخر لأنه ليس لأحدهما مزية على الآخر بكثرة فيتبعه.

فصل

ما عدا النخل من سائر الأشجار فعلامة التأبير فيها أن تورّد الشجر ثم ينقصد الورّد ثمراً، فيثبت البعض ويسقط البعض مما لم ينقصد فيها، فيكون ذلك كالإبار في النخل.

فصل

إذا اشترى أرضاً وفيها زرع صغير لم يظهر ولم يبد صلاحه ولم يذكره في عقده ففيها روايتان: أحدهما أنه للبائع، والأخرى أنه للمبتاع، فإذا قيل: للمبتاع فاعتباراً بالثمرة، وإذا قيل: إنه للبائع فلأنه عين وضعت في الأرض على غير التأيد بل على النقل والاسترجاع كالمال المدفون في الأرض.

مسألة

يجوز بيع الثمار على رؤوس النخل والشجر جزأاً لأنها مشاهدة وتسرى وتحوز ولا

(١) أخرجه البخاري: البيوع (٤٦٩/٤) ح (٢٢٠٤) ومسلم: البيوع (١١٧٢/٣) ح (١٥٤٣/٧٧).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

يجوز بيعها بالخرص^(١) لأنه غرر لا حاجة تدعو إليه واعتباراً ببيع الصبرة، ويجوز بيع جزء منها مثل نصفها أو ثلثها وربعها للضرورة إلى بيعها في رموس النخل على ما هي عليه، ولأن المبيع معلوم والمستثنى المبقى على الملك معلوم، ويجوز أن يستثنى منها جزءاً معلوماً، كما يجوز أن يبتدأ في بيع ذلك الجزء المبقى باسمه من غير استثناء إذ العوض معلوم، ولو قال: بعثك هذه الثمرة إلا ربعها فهو كقولك: بعثك ثلاث أرباع الثمرة فيصح، ولا فرق في ذلك بين القليل والكثير إلا قبح اللفظ، وذلك غير مؤثر، وأما استثناء الكيل فيجوز عندنا مما بينه وبين الثلث فقط، خلافاً لأبي حنيفة^(٢) والشافعي في منعهما ذلك في الكيل في القليل والكثير^(٣)، فإن ذلك عمل متصل بالمدينة مستفيض بين الصحابة والتابعين أنهم كانوا يفعلونه إذا باعوا حوائطهم، ولأنه استثناء قدر معلوم، فصح البيع معه، أصله استثناء الجزء ولا تدخل عليه الزيادة على الثلث لأن التعليل للإحاق أحد النوعين بالآخر.

فصل

وإنما فصلنا بين ما زاد على الثلث، وبين ما قصر منه لأن ما قصر عنه في حيز القليل فلا يُبطل غرض المشتري، ولأنه لا يؤدي إلى الجهل بالمبيع ومقداره.

فصل

إذا باع ثمرة حائط واستثنى نخلات منه، فذلك على وجهين: أحدهما أن يعين ما استثناءه، والآخر أن لا يعينه: فإن عيّن ما استثنى فذلك جائز لا يختلف المذهب فيه لأن البيع يتناول ما عدا تلك الأعيان المستثناة، وإن لم يعين وكان ذلك معلقاً على الاختيار، فلا يخلو أن يشترط الخيار للبائع أو للمشتري، فإن كان للبائع جاز إن كان بقدر ثلث الثمرة، مما يجوز له أن يستثنيه كيلاً، وإن كان للمشتري فلا يجوز لأن غرض المشتري لا يحصل له ويصير المبيع مجهولاً.

فصل

اختلفت الروايات عن مالك في استثناء الجلد والسواقط في الشاة المبيعة: فروى عنه

(١) الخرص الحزر والاسم بالكسر كم خرص أرضك، القاموس المحيط (٢/ ٣٠٠).

(٢) الاختيار للموصلى (٦/٢)، الهداية للمرغيناني (٢٩/٣).

(٣) روضة الطالبين (٣/ ٥٥٩)، الحاوى الكثير للماوردي (٢٠١/٥).

منعه على الإطلاق، وروى عنه: إجازته في السفر دون الحضر^(١)، وقال المحققون من أصحابنا: إن هذا كله اختلاف أحوال وليس باختلاف قول، والمذهب أن الأسقاط إذا كانت لها قيمة وبال يأخذ قسطاً كبيراً من الثمن فإن استثناءها فهو غير جائز في سفر ولا حضر، لأن استثناء الكثير يعرض الصفقة للغرر واستثناء اليسير لا يوجب ذلك، وإذا كانت يسيرة القيمة لا خطب لها فإن استثناءها جائز لقلة الغرر، والمنع والإباحة يتبع هذا المعنى، وإما نص على الحضر بالمنع، وعلى السفر بالإباحة ليجرى العادة بكثرة القيمة في الحضر وقتلتها ودناؤها في السفر.

فصل

وإنما قلنا: إن استثناءها جائز في الجملة لأنه ﷺ لما هاجر ومعه أبو بكر رضي الله عنه مروا براح فاشتروا منه شاة وشرطوا له رأسها وأسقاطها، وروى ذلك عن زيد بن ثابت وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم، ويجوز استثناء اليسير من لحمها كالأرطال اليسيرة ولا يجوز زيادة على ذلك لأنه يؤدي إلى الجهل بالمبيع كالثمرة ولا يستثنى منها فخذاً ولا يداً، لأن ذلك يكثر الغرر فيه بخلاف السواقط.

فصل

يجوز أن يشتري الرجل ثمرًا مكيلًا من حائط بعينه، وقد بدا صلاحه بثمر معجل أو مؤجل معلوم، فإن فنى استيفائه ما ابتاعه منه أخذ بقيمة رأس ماله أو غيره مما يتراضيان عليه في الحال ولا يؤخره.

وإنما قلنا ذلك لأنه يبيع عين وليس بسلم لأنه يتعلق بالذمة فجاز في الحائط المعين بالثمن المعجل والمؤجل.

وإنما قلنا: يأخذ بقيمة رأس ماله، لأن العين إذا تعذرت التوفية بها بطل العقد فيها ولا يلزم أن يدفع إليه بقيته لأن العقد لم يتناول شيئاً في الذمة.

وإنما قلنا: إن لهما أن يتراضيا على شيء يفسخه فيه، لأن ذلك ليس ببيع الطعام قبل قبضه لأنه إذا لم يبق له ما يأخذه تبين أنه لم يملك ما لم يبق له فأنفسخ العقد فيما بقي، وقلنا: لا يؤخره لئلا يكون ديناً بدين.

(١) انظر الكافي لابن عبد البر (٢/٦٨٢).

باب

العريّة^(١) جائزة وهى: أن يهب الرجل ثمرة نخله أو نخلات أو شجرة له من رجل، ولا يجوز لمن أعريها أن يبيعها حتى يبدو صلاحها، فإذا بدا صلاحها جاز له بيعها من كل أحد بالذهب والفضة والعروض، ومن مُعريها خاصة بخرصها ثمراً يدفعه إليه عند الجذاذ فى خمسة أوسق فدونها ولا يجوز ذلك فى زيادة عليها فى حق كل واحد مما عرى، بأن كان الجميع يزيد على خمس وسق بعد أن لا تزيد عريّة كل واحد على ذلك.

وإنما قلنا: إن العريّة هبة ثمر النخل أو الشجر لأن العريّة فى اللغة: الهبة، قال أهل اللغة: العريّة والمنحة والعطية بمعنى واحد، تقول: عروّ الرجل أعروّه إذا أتيتّه تلتمس ثمرة، وقيل أيضاً: إنها مأخوذة من تخلى الإنسان عن ملكه وعروّه منه كأنه عرى منه، ومنه قوله عز وجل: ﴿فَنَبَذْنَاهُ بِالْعَرَاءِ﴾ [الصافات: ١٤٥] بالموضع الخالى المنكشف^(٢)، وعند أبى حنيفة أنها الهبة على ما قلناه إلا أنه قال: يجوز أن يعطيه بها ثمراً لأنها لم تجب لعدم القبض، فله أن يأخذها منه ويعطيه الثمر ابتداءً، وعند الشافعى: أن العريّة بيع الرطب فى رؤوس النخل بثمن يتعجله^(٣).

فصل

وإنما قلنا: إنها ليست ببيع لما قدمناه من الأدلة على أن معناها الهبة فى اللغة، وإنما قلنا: إنه لا يجوز بيعها قبل بدو صلاحها لئنه ﷺ عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها^(٤)، فعم الثمرة الموهوبة وغيرها، وإنما قلنا: إنه يبيعها بما شاء من الثمن سوى الطعام بسائر الثمار المملوكة بالشراء أو بأصل الملك أو بميراث أو غير ذلك، وإنما قلنا: إنه يجوز بيعها

(١) قال ابن عرفة: العريّة: ما منح من ثمر يبيع، وقال المازرى: هى هبة الثمرة، وقال عياض: منح ثمر النخل عامّاً، وقال الباجى: هى النخلة الموهوب ثمرها، شرح حدود ابن عرفة (٣٨٩/٢).

(٢) الاختيار للموصلى (٣٠٣/٢).

(٣) الأم للشافعى (٤٩/٣)، الحاوى الكبير (٢١٤/٥).

(٤) تقدم تخريجه.

من معريها خاصة بالتمر لأن النبي ﷺ أرخص في العرايا بأن تباع بخرصها تمرًا^(١)، وإنما جاز ذلك في المعري خاصة لأنه يريد قطع تطرق المعري عليه في دخوله إلى حائطه، فيجوز ذلك للرفق به، وهذا لا يوجد في غيره، وإنما قلنا: لا يجوز أن يقال: وإنما ابتداء بيع الرطب [في رؤوس النخل بالتمر لهنه ﷺ عن بيع الرطب]^(٢) بالتمر، ولأن العرية اسم للهبة على ما بيناه دون البيع.

وإنما قلنا: يأخذه عند الجذاذ لأن الحديث بذلك ورد، ولأن القصد منها الرفق دون المغالبة والمتاجرة، ولا يجوز تعجله لأن ذلك يبطل فائدة الرخصة فيها واستثناءها من بابها، وإنما يكون على وجه كفاية المعري القيام بسقيها وتعهدها ومؤنتها، فإذا كان وقت الجذاذ يدفعها إليه، فيكون قد زاد في إحسانه إليه بذلك.

وإنما قصرناها على الخمسة الأوسق فدونها اتباعاً للحديث، ولأنها لما كانت مخصصة ومستثناة من بابها وجب أن يحد بقدر لا يكون ذريعة إلى اختلاطها بالأصل الممنوع لأن هذا حكم كل بعض مستثنى من جملة.

وإنما قلنا: إنه لا بأس بالزيادة على ذلك في حق الجماعة المعرين، لأن عرية كل واحد قائمة بنفسها لا تتعلق بعرية غيره، فجاء في كل واحد ما جاز في الآخر.

مسألة

إذا ابتاع تمرًا فأجيحت^(٣) بأفة من السماء من برد أو ريح أو ثلج أو جراد أو عفن أو غير ذلك فأصببت ثلث مكيلتها فصاعدًا وضع عنه من ثمنها بقدر المجتاح منها فمصيبتها فيما دون الثلث من المشتري، وذلك ما دامت مجتاحة إلى تبقيتها في رؤوس النخل، والأصل في وجوب وضع الجوائح - خلافاً لأبي حنيفة^(٤) والشافعي^(٥) - ما روى أنه

(١) أخرجه البخاري: المساقاة (٦٠/٥) ح (٢٣٨٠) ومسلم: البيوع (١١٦٩/٣) ح (١٥٣٩/٦٠).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) أى: أصابها جائحة.

(٤) قال الكاساني: (أما إذا سعى دخل الثمر مع الشجر في البيع وصار للثمرة حصة من الثمن وينقسم الثمن عليها يوم العقد لأنه لما سماها فقد صارت مبيعاً مقصود الورود فعل البيع عليه حتى لو هلك الثمن قبل القبض بأفة سماوية أو بفعل البائع تسقط حصته من الثمن عن المشتري كما لو هلك الشجر قبل القبض، بدائع الصنائع (١٦٦/٥)).

(٥) قال الإمام الشافعي: (وإذا اشترى الرجل الثمرة فخلى بينه وبينها فأصابها جائحة فلا نحكم =

ﷺ أمر بوضع الجوائح^(١)، وقال ﷺ: «من ابتاع من أخيه ثمرة فأصابته جائحة فلا يأخذ من ثمنها شيئاً فبم يأخذ مال أخيه بغير حق»^(٢)، وهذا نص، ولأن بيع الثمار على رءوس النخل فى معنى الإجارة لأنها تؤخذ أولاً فأولاً كالمنافع التى تستوفى أولاً فأولاً، فقد ثبت أن المنافع إذا تلفت قبل مضى المدة كانت من ضمان المكرب كذلك الثمار، ولأن التخلية بمجردها لا يكون قبضاً فى الثمار بدليل أن تلف الثمرة بعطش يكون من البائع، ولأن البائع ليس له المطالبة بنقلها إلى الجذاذ، فعلم أنها غير مقبوضة وإن وجدت التخلية، ولأنها ثمرة مبيعة محتاجة إلى تبقيتها فى النخل، فإذا تلفت بآفة سماوية كانت من بائعها كالتلف بالعطش.

فصل

وإنما راعينا ثلث الثمرة دون ما قصر عنه لأن المشتري دخل على أنه لا بد من تلف يسير بأكل العافى والمجتار وسقوط اليسير وأكل الطير، وغير ذلك مما يعلم بضرورة العادة أن المشتري لم يدخل على سلامتها منه، ولأنه ﷺ لما أمر بوضع الجوائح، وكانت الجائحة اسماً لما أتلّف جُلُّ الشيء أو ما له خطر وبإل منه دون اليسير الذى لا يطلق على المال التالف منه أنه جائحة فيه صح ما قلناه، فإذا ثبت ذلك احتيج فى الفصل بين القليل والكثير إلى حد يفصل به بينهما، فكان الثلث أولى لأمرين: أحدهما أنه إذا ثبت وجوب الفصل فلا حد سواه يصير إليه قائل، والآخر أنه قد اعتبر فى الفصل بين القلة والكثرة فى غير موضع من الشرع منها: الوصية والمحاكمة وحمل العاقلة والحجر على المرأة فى مالها لحق زوجها وغير ذلك، فكذلك هاهنا.

فصل

وإنما راعينا تلف الثلث من المكيلة - خلافاً لأشهب - فى مراعاة تلف ثلث القيمة لأن كل مصيبة فى مبيع وجب بها^(٣) الرجوع على البائع فى الثمن فالاعتبار بقدرها من المبيع

= له على البائع أن يضع عنه من ثمنها شيئاً، الام للشافعى (٣/ ٥٠).

(١) أخرجه مسلم: المساقاة (٣/ ١١٩١) ح (١٧/ ١٥٥٤)، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٣٢) ح (باب وضع الجوائح).

(٢) أخرجه مسلم: المساقاة (٣/ ١١٩٠) ح (١٤/ ١٥٥٤)، وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٧٤) ح (٣٤٧٠)، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٣٢) (باب وضع الجوائح).

(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٦٨٦).

أصله تلف المبيع المشاع قبل القبض، ووجه قول أشهب أن وضع الجائحة لثلاث يستبد البائع بالثمن من غير عوض يحصل للمشتري، فإذا أصيب ما قيمته أكثر من ثلث الثمن، فذلك أخذ مال المشتري بغير عوض.

فصل

وإنما اشترطنا حاجتها إلى بقائها على النخل لأن وضع الجائحة في الحال التي تبقى للمبتاع فيها حق توفية على البائع، وذلك حال حاجتها إلى بقائها على النخل، فإذا استغنت سقط حق التوفية فلم تبق على المبتاع عهدة يجب بها الرجوع.

فصل

وفي البقول ثلاث روايات^(١): إحداها أنها كالشمر ووجهها اعتبارها بالثمار، والثانية أن يوضع قليلها وكثيرها ووجهها عموم الخبر وافتراقها عن الثمار للعادة وجريها بذهاب يسير الثمرة وانتفاعها في البقول، والثالثة أنه لا يوضع لها شيء لأنها تخرج غير محتاجة إلى بقية في موضعها، والأول هو القياس والله أعلم.

(١) انظر الكافي لابن عبد البر (٦٨٦/٢).

باب

والتفاضل ممنوع فى بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة على أى صفة كانا أو أحدهما من نقار^(١) أو مضروب أو مصوغ أو مكسور أو جيّد أو ردىء، فلا يجوز إلا مثلاً بمثل ووزناً بوزن، وقد دللنا على ذلك فيما تقدم.

فصل

يجوز بيع الحلى المكسور جزأً ولا يجوز بيع الدنانير والدراهم جزأً، لأن أصل الجزاف غرر، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر^(٢)، إلا أنه فى الحلى تدعو الضرورة إليه ويخف أمره ويكثر فى المضروب للتشاح فيه، ولأن السكة الخفيفة أتق عن الناس عن الثقلة، فكان القصد فيه إلى الغرر.

فصل

ولا يجوز فى الذهب بالذهب ولا الفضة بالفضة ولا فى أحد الجنسين بالآخر أن يتأخر القبض عن العقد بحال ولا يقبل فى ذلك حوالة ولا حمالة ولا نظرة لقوله ﷺ: «إلا ها وها يداً بيد»^(٣)، [وإن طال بينهما المجلس من غير تقابض بطل العقد خلافاً لأبى حنيفة^(٤) والشافعى فى قولهما: أن العقد لا يسقط بترك التقابض ما لم يفترقا^(٥) بقوله: «ها وها يداً بيد»^(٦)] وهذا لم يوجد، ولأن القبض قد تراخى عن العقد فأشبهه إذا افترقا.

(١) جمع نقرة: وهى القطعة المذابة من الذهب والفضة. القاموس المحيط (١٤٧/٢).

(٢) أخرجه البخارى: البيوع (٤٤١/٤) ح (٢١٧٤) ومسلم: المساقاة (١٢٠٩/٣) ح (١٥٨٦/٧٩).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) الاختيار للموصلى (٤٨/٢)، الهداية للمرغينانى (٩٠/٣).

(٥) الحاوى الكبير للماوردى (٧٧/٥)، روضة الطالبين (٣٨١/٣).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (١).

فصل

يجوز في الذهب والورق اقتضاء أحدهما من الآخر إذا حلا لحديث ابن عمر قال: كنا نبيع الإبل بالبيع فتأخذ مكان الذهب الفضة ومكان الفضة الذهب، فسألنا رسول الله ﷺ، فقال: «لا بأس إذا كان بسعر يومه»^(١)، ولأن الحال في حكم الحاضر، فجار ذلك فيه ولا يجوز قبل حلوله لأنه يكون ذهباً متأخراً.

فصل

ولو كان لرجل على رجل ذهب حائلة وللآخر عليه مثلها جار، أن يتطارحاها صرفاً خلافاً لأبي حنيفة^(٢) والشافعي^(٣)، لقوله ﷺ: «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم»^(٤)، ولأن الحال كالمقبوض فكان كالعين بالعين سواء.

فصل

وإذا وجد في أحد الثمنين نقصاناً، فإن رضى به جار لأن الثمن يكون بقدر ما حصل معه، وإن طلب التمام انتقض الصرف لأن القبض يكون متأخراً عن العقد، وكذلك إن وجد رافقاً أو رديئاً، فإن رضى به ولا بطل الصرف ثم ينظر فإن كان [سماً لكل دينار سعراً معلوماً انتقض صرف دينار واحد لأن كل دينار معقود عليه بنفسه عقداً يستغنى به عن ضم غيره إليه وإن كان]^(٥) سماً للجمله ثمناً لم تسقط التسمية على حساب كل دينار انتقض جميع الصرف لأن العقد واحد للجميع.

فصل

إذا اقترض دراهم أو دنانير أو فلساً أو باع بها بيعاً ثم غيرت سكتها وصار النقد

(١) أخرجه أبو داود: البيوع (٢٤٧/٣) ح (٣٣٥٤) والترمذي: البيوع (٥٣٥/٣) ح (١٢٤٢)، والنسائي: البيوع (٢٤٩/٧) (باب أخذ الورق من الذهب).

(٢) انظر بدائع الصنائع للكاظمي، (٢١٨/٥).

(٣) قال الإمام الشافعي: (فلا يجوز أن يتطارحاها صرفاً لأن ذلك دين بدين وقال مالك رحمه الله تعالى: إذا حل فجائز. وإذا لم يحل فلا يجوز، (الام للشافعي (٢٨/٣).

(٤) أخرجه مسلم: المساقاة (١٢١١/٣) ح (١٥٨٧/٨١)، وأبو داود: البيوع (٢٤٦/٣) ح (٣٣٥٠).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

غيرها فله مثل ما اقترض أو باع وليس له النقد الجديد لأن النقد إذا تقرر وانبرم لم يطل بالتعامل بغيره، ولأن أكثر ما في ذلك أن يرخص ذلك النقد أو يغلى، وذلك غير مؤثر كما لو رخص أو غلا والنقد باق في التعامل به.

فصل

ومن اقترض من صيرفى أو غيره ذهباً ونسبها إلى قيمتها من الدراهم أو دراهم ونسبها إلى قيمتها من الذهب، فليس له عليه إلا ما قبض [لأن ذلك هو الذى يستحق عليه]^(١) دون القيمة، ولأننا لو طالبناه بالقيمة لصار صرفاً بنسيئة.

فصل

بدل الدينار الناقص بالوازن أو الدرهم الناقص بالوازن على وجه الفرق والمعروف جائز يدا بيد لأن كسر السكة غير جائز، والمعروف يجوز فيه ما لا يجوز فى غيره، وهذا إذا لم يعرض ما يمنع منه من اختلاف الفضتين والغرض بهما وأن يخاف كون غرضهما التبايع لا المعروف.

فصل

لا يجوز بيع ذهب وفضة بذهب ولا بيع تمر وبر بير، وعقد هذا الباب: أن كل جنس فيه الربا إذا بيع بمثله فلا يجوز أن يكون مع أحد الجنسين غيره ولا معهما جميعاً وسواء كان الغير مما فيه الربا أو مما لا ربا فيه.

وقال أبو حنيفة: يجوز بيع صاع تمر وثوب بصاع تمر، فيكون أحد الصاعين فى مقابلة الصاع والثوب فى مقابلة الصاع الآخر، وكذلك دينار وثوب بدینارين^(٢).

وإنما منعنا ذلك لحديث فضالة بن عبيد قال: أتى النبى ﷺ عام خيبر بقلادة فيها ذهب وخرز ابتاعها رجل بتسعة دنانير، فقال ﷺ: «لا حتى تميز بينهما»، قال: إنما أردت الحجارة، فقال: «لا حتى تميز بينهما»^(٣) وهذا نص، ولأن مقابلة جنس آخر

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب) و (هـ).

(٢) انظر الاختيار للموصلى (٤٩/٢)، الهداية للمرغينانى (٩٢/٣).

(٣) أخرجه مسلم: المساقاة (١٢١٣/٣) ح (١٥٩١/٩٠)، وأبو داود: البيوع (٢٤٦/٣) ح (٣٣٥١).

ولفظه عند أبى داود، والترمذى: البيوع (٥٤٧/٣) ح (١٢٥٥).

لأحدهما أو لهما يمنع المائلة لأن الذهب المنفردة ليس فى مقابلتها ذهب مثلها وإنما فى مقابلتها ذهب وعرض، وهذا ضد المائلة، ولأن الصفقة إذا تناولت أشياء كانت جملة [الثنى فى مقابلة الجميع]^(١) منقسطة على المبلغ والقيمة، فإذا تبايعا ديناراً وثوباً بدينارين حصلت جملة الدينار والثوب فى مقابلة الدينارين، ولا نأمن أن تكون قيمة الثوب ديناراً أو أكثر من دينار فيؤدى ذلك إلى أن يكون دينار فى مقابلة أقل من دينار وذلك ربا لأن الجهل بالتماثل بمعنى تحقق التفاضل.

فصل

لا يجوز دينار ذهب جيد ودينارين من ذهب ردىء بدينارين دون الجيد وفوق الردىء، وكذلك فى التمر لا يجوز صاع معقل^(٢) وصاع دقل^(٣) بصاعين من برنى^(٤) خلافاً لأبى حنيفة^(٥)، لأن التفاضل فى القيمة فى المائلة يمنعها ويصير كالتفاضل فى الوزن، لأن هذا إنما رضى أن يزن الدينار المتوسط يأخذ الدون لمكان الجيد الذى معه ولولا ذلك لم يفعل، وكذلك إنما رضى بأخذ الدقل بدلاً من البرنى لأجل ما معه من المعقل، والآخر إنما رضى بأخذ البرنى بدل المعقل لأنه يأخذ صاحبه معه دقلاً وكل ذلك تخاطر وقصد للمغابنة، ولأن الثمن ينقسط على الجملة فتمتنع المائلة، وأما إن كانت الرديئة فى جهة والجيدة فى جهة فيجوز لأن القصد من ذلك المعروف والرفق لا المتاجرة.

فصل

المراطة^(٦) بالذهب جائزة، وهى أن يوضع أحد الذهبين فى كفة والآخر فى كفة بغير صنجة^(٧)، فإذا استوى لسان الميزان بينهما أخذ كل واحد منهما ذهب صاحبه بدلاً من ذهب نفسه لأن التماثل يحصل بهما كما لو كان بصنجة ولا يراعى فى ذلك إلا الوزن

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) المعقل نوع من أنواع الرطب.

(٣) الدقل أردأ أنواع التمر، القاموس المحيط (٣/٣٧٦).

(٤) البرنى تمر معرب أصله برنيك، القاموس المحيط (٤/٢٠١).

(٥) الهداية للمرغيناني (٣/٩٢)، الاختيار للموصلى (٢/٤٩).

(٦) المراطة: بيع ذهب به وزناً أو قضة كذلك، شرح حدود ابن عرفة (١/٣٤١).

(٧) الصنجة ما يتخذ للميزان، القاموس المحيط (١/١٩٧).

دون العدد، فإن كان إحدى الذهبين أكثر عدداً أو أقل وهما متساويان في الوزن فلا بأس.

فصل

ولا يجوز أن ينضم إلى الصرف عقد بيع إلا أن يكون يسيراً على وجه التبع لأن الصرف ضيقٌ بابه وغُلظٌ فيه واختص بأحكام لا يوجد في غيره، فإذا انضم إليه غيره فاحتيج إلى اعتباره به، وذلك غير جائز فإن كان يسيراً جارٍ لأن الضرورة تدعو إليه مثل أن يصرف ديناراً بعشرة دراهم، فيعجز الدرهم أو النصف فيدفع إليه عرضاً بقيمته أو يزيد الدينار والدرهم وكسره غير جائز فها هنا يجوز للضرورة لأنه يعلم أن البيع غير مقصود.

فصل

يجوز شراء المعادن من الذهب والفضة الجنس منهما بخلافه ولا يحق بيعه خلافاً للشافعي في منعه أصل البيع^(١) لقوله عز وجل: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ولأنه مرثى محذور ومعلوم بالعادة مقدر في غالب الحال فجاز بيعه وإن لم يعلم حقيقة وزنه كالجزاف.

فصل

ولا يجوز شراء تراب الصاغة خلافاً لمن أجازوه^(٢) لأنه غرر إذ لا يعلم هل فيه شيء أم لا ولو علم أن فيها شيئاً لم يظهر ولم يعلم قدره ولا حزره، وذلك غرر مجهول.

(١) انظر الأم للشافعي (٢٩/٣).

(٢) قال ابن قدامة: (وقال ابن أبي موسى في الإرشاد: ويجوز ذلك وهو قول مالك وروى ذلك عن الحسن والنخعي وربيعة والليث قالوا: فإن اختلط أو أشكل فليبعه بعرض ولا يبيعه بعين ولا ورق لأنه باعه بما لا ربا فيه فجار كما لو اشترى ثوباً بدينار ودرهم، المغنى (٤/١٨١)).

باب

بيع الغرر^(١) غير جائز لنهيهِ ﷺ عنه^(٢)، والغرر يكون بوجوه: منها الجهل بجنس المبيع كقولك: بعثك ما فى كسمى أو صندوقى أو كفى، ويجوز أن يكون فى كمة جوزه أو لوزة أو بيضة، ويجوز أن يكون فيه درة أو ياقوتة، ومنها الجهل بصفة المبيع وإن عرف جنسه مثل أن يسلم إليه فى عبد أو ثوب ولا يذكر نوعه ولا صفته، ومن هذا الباب بيع الساج^(٣) فى جرابه والثوب المطوى، فإذا عرف جنسه وصفته جار وخرج عن الغرر، ومنه بيع الملامسة والمنابذة التى نهى رسول الله ﷺ عنه^(٤) وبيع الحصاة^(٥)، واللامسة أن يجب البيع بلمس الرجل الثوب وإن لم يبينه ولا عرف ما فيه، والمنابذة أن ينبذ الرجل ثوبه إلى الآخر وينبذ الآخر ثوبه إليه، فيجب البيع بينهما بذلك من غير أن ينشر الثوبين ويقفا على ذرعهما وكذلك بيع الحصاة كانوا فى الجاهلية إذا أعجب الرجل الثوب ترك عليه حصاة فيجب البيع بذلك ولا يكون له رد سواء وجدته صحيحاً أو معيباً، وقيل: كان الرجل يسوم بالثوب ويبيده حصاة فيقول لصاحبه: إذا سقطت هذه الحصاة من يدى فقد وجب البيع، هذه البيوع من بيوع الجاهلية.

ومن بيع الغرر المزبنة: وهو بيع معلوم بمجهول من جنس أو مجهول بمجهول من جنس وقد بينها، فإن كان ذلك مما فيه الربا حرم لأجل التفاضل وإن كان مما لا ربا فيه كان خطراً أو قماراً إلا أن يتبين الفضل، فيجوز لأنه يخرج حيثئذ عن التخاطر، ومن الخطر أن يبيعه جزأً يعلم كيله ولا يعلم به فيدخل المبتاع على ذلك.

ومن أنواع الغرر ما لا يقدر على تسليمه كالأبق^(٦) والضالة والمغصوب والطيور فى

(١) قال المازرى: الغرر ما تردد بين السلامة والعطب، انظر شرح حدود ابن عرفة (١/ ٣٥٠).
(٢) تقدم تخريجه.

(٣) الساج. الطليسان الأخضر أو الأسود، القاموس المحيط (١/ ١٩٥).

(٤) أخرجه البخارى: البيوع (٤/ ٤٢٠) ح (٢١٤٦)، ومسلم: البيوع (٣/ ١١٥١) ح (١٥١١).

(٥) أخرجه مسلم: البيوع (٣/ ١١٥٣) ح (١٥١٣)، وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٥٢) ح (٣٣٧٦)،

والترمذى: البيوع (٣/ ٥٢٣) ح (١٢٣٠)، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٣٠) (باب بيع الحصاة)

وابن ماجه: التجارات (٢/ ٧٣٩) ح (٢١٩٤).

(٦) أبق العبد أبقاً وإبقاً ذهب بلا خوف ولا كد عمل أو استخفى ثم ذهب، القاموس المحيط (٢٠٨/ ٣).

الهواء والسّمك فى الماء وكل هذا لا يجوز بيعه لأنه لا يقدر على تسليمه ثم لا يخلو أن تكون صفة البيع معلومة لهما أو مجهولة، فإن كانت معلومة والغرر من وجه واحد وهو العجز عن التسليم إلا أن يباع الأبق والضالة ممن قد وجدتهما وحصلتا تحت قبضته، والمغصوب من غاصبه ولم يبعد عداهما عن مالكما أو يثبت عنده بقاؤهما على صفاتها أو عرف ما انتقلا إليه فيجوز حيثذ بيعه لهما وإن كانت صفاتهما غير معلومة للمالك دخل بيعهما الغرر من وجهين الجهل والعجز عن التسليم.

ومن هذا الباب بيع الأجنة واستثناؤها وبيع حبل الحبله وهو نتاج ما تنتج الناقة والمضامين وهو ما فى ظهور الفحول، فهذا يجمع الأمرين الجهل بالمبيع والعجز عن التسليم.

ومنه أيضاً السلم إلى أجل لا يوجد فيه المسلم فيه فيعجز المسلم إليه عن تسليمه.

ومن وجوه الغرر الجهل بالثمن، إما فى جنسه أو فى مقداره أو أجله، وكذلك فى [الثمن]^(١)، فأما فى الجنس فمثل أن يبيعه بما يحكم به زيد أو يسميه عمرو أو يقع فى يده من رقاع يكتب فيها عدة أثمان أو يخرج به السهم فى قرعة، أو ما أشبه ذلك فى المقدار مثل ما يخرج به سعر اليوم وما يبيع به فلان متاعه، وفى الأجل نحو قدوم زيد ورفاف عمرو وموت فلان وما أشبه ذلك.

ومن هذا الباب بيعتان فىبيعة: وصفته أن يبيعه هذا الثوب إما بعشرة نقداً أو بخمسة عشر إلى أجل على أنه قد وجب بأحد الثمنين، فأما إن كان على أنه إن رضى أجاز وإن لم يرض ردّ ولم يجب، فذلك جائز لأن العقد لم يجب فلا يحصل غرر، وقد يقع على وجوه أخرى، ومن الغرر بيع اللحم فى جلده والحنطة فى تبنها، وما أشبه ذلك ومن وجوه الغرر ما لا ترجى سلامته كالمريض فى سياقه وما لا يدري هل يسلم أم يتلف ولا أمانة على ذلك تغلب على الظن معها سلامته مثل بيع الثمار قبل بدو صلاحها، وأبواب الغرر كثيرة وقد نبهنا بقدر ما ذكرناه منها على ما أهملناه، ولا خلاف أن يسيره لا يمنع صحة البيع وإن ما تدعو الحاجة إليه منه معفو عنه وأن الذى يمنع ما راد على ذلك.

(١) ثبت فى بعض النسخ (الثمنون) وما أثبتناه من (ب).

فصل

يجوز بيع الأعمى وشراؤه خلافاً للشافعي^(١)، وذلك إذا كان يعرف ما يوصف له وسواء كان بصيراً فعمى أو ولد أعمى لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقياساً على البصير بعلم إما لأن كل من جاز تسليمه جاز بيعه للأعيان أو لأن كل من صح أن يوكل في البيع صح أن يليه بنفسه.

فصل

لا يجوز بيع الإنسان على بيع أخيه، وذلك إذا أركن إليه وقرب اتفاقهما على تقدير الثمن ولم يبق إلا العقد أو قريب منه، فأما إن كان في أول الغرض وابتداء السوم قبل التقدير والركون فلا بأس والقول فيه وفي فسحه إن وقع كالقول في النكاح وقد بيناه.

فصل

بيع النجش^(٢) غير جائز وصفته: أن يزيد التاجر في الثمن لا لنفسه بل ليغر غيره فينزل على مزايده، فهذا لا يجوز لنهي ﷺ عنه^(٣)، وإن وقع فسخ خلافاً لأبي حنيفة^(٤) والشافعي^(٥)، لأن النهي يقتضي على الفساد، ولأن فيه مضرة على الناس وإفساد لمعايشهم لأن من عادة الناس أن يركنوا إلى زيادة التاجر ويعتقدوا أنها تساوى ما يبذلونه

(١) قال الشيرازي: إن باع الأعمى أو اشترى شيئاً لم يره فإن قلنا: إن بيع ما لم يره البصير لا يصح؛ لم يصح بيع الأعمى وشراؤه، وإن قلنا يصح ففي بيع الأعمى وشرائه وجهان، المذهب (٢٦٤/١)، المجموع شرح المذهب (٣٠٢/٩).

(٢) قال الفيروزآبادي: (النجش أن تواطئ رجلاً إذا أراد بيعاً أن تمدحه أو أن يريد الإنسان أن يبيع بياعة فتساومه فيها بثمن كثير لينظر إليك ناظر فيقع فيها أو أن ينفر الناس عن الشيء إلى غيره، القاموس المحيط (٢٨٩/٢).

وقال الشيخ: إنه قال مالك: النجش أن تعطيه في سلته أكثر من ثمنها وليس في نفسك شراؤها فيقتدى بك غيرك. ثم نقل المازري وغيره أن الناجش الذي يزيد في سلعة ليقبض به غيره، انظر شرح حدود ابن عرفة (٣٥٥/١).

(٣) أخرجه البخاري: البيوع (٤١٣/٤) ح (٢١٤٠) ومسلم: البيوع (١١٥٥/٣) ح (١٥١٥/١١).

(٤) في أنه يرى كراهة النجش فقط قال الموصلي (والبيع جائز لأن النهي ليس لمعنى في العقد وشرائه بل لمعنى خارج فيجوز)، الاختيار (٣٢/٢)، الهداية للمرغيناني (٥٩/٣).

(٥) روضة الطالبين (٤١٦/٣)، المذهب للشيرازي (٢٩١/١).

فيها وذلك فساد وضرر فوجب فسخه.

فصل

ولا يجوز تلقى السلع قبل أن تورده الأسواق لنهى النبي ﷺ عن ذلك^(١)، وفائدته ألا يستبد الأقوياء بها دون الضعفاء ومن لا قدرة له على مشاركتهم، وإذا ثبت المنع منه فمن فعل ذلك خيّر بقية أهل الأسواق في أن يشاركوه فيما اشتراه أو يتركوه له، ولا يبيع حاضر لباد لأن النبي ﷺ نهى عن ذلك وقال: «دعوا الناس يرق الله بعضهم من بعض»^(٢)، وفائدة ذلك أن فيه إضراراً بالناس لأن أهل البادية لا يعرفون الأسعار ويضر بهم بيع ما يجلبونه بالرخص كما يضر بأهل الحضر شراؤه بالغلاء لأن أهل الحضر لا يصلون إليه إلا بعوض وأموال أهل البدو جلّها من المباح الذي يؤخذ بغير عوض فيجب أن يقدم النظر لأهل الحضر عليهم، فإذا باع لهم السماسرة والتجار باعوا بالأسعار الغالية والأثمان المستوفاة فأضر ذلك بالحاضرة.

وإذا ثبت منع ذلك فليل: يفسخ إن وقع، وقيل: لا يفسخ، فوجه الفسخ عقوبة لفاعله للنظر العام، ولأن قصده قطع أرواق الناس، ووجه الإمضاء فلأن الفساد متف عنه من جهة العقد أو المعقود عليه، وإنما هو لحق الآدميين على وجه الرفق والإعانة، فأما أن يكون قطع حق آدمي متعين فلا، وأما الشراء لهم فقال مالك: لا بأس به اعتباراً بالشراء لغيرهم لأن الحاضر يعرف ثمن ما يبيعه فلا يستضر بمن يشتري منه الحاضر للبادى بخلاف البيع لهم، وقال بعض أصحابه: لا يشتري لهم وهو والبيع سواء، ووجه هذا أنهم لا يعرفون الأسعار فيبدلون فيما يشترونه أكثر مما يبدلونه إذا تولى لهم التجار فيضر بالحاضرة كالبيع لهم.

فصل

التسعير^(٣) على أهل الأسواق غير جائز لأن الناس مالكون لأموالهم والتصرف فيها

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه مسلم: البيوع (١١٥٧/٣) ح (١٥٢٢/٢٠)، وأبو داود: البيوع (٢٦٨/٣) ح (٣٤٤٢) و«رملى: البيوع (٥١٧/٣) ح (١٢٢٣)، والنسائي: البيوع (٢٢٤/٧) (باب بيع الحاضر للبادى)، وابن ماجه: التجارات (٧٣٤/٢) ح (٢١٧٦).

(٣) هو تحديد حاكم السوق لبائع المأكول فيه قدرًا للمبيع بدرهم معلوم. شرح حدود ابن عرفة (٣٥٦/١).

فلا يجبرون على بيعها إلا بما يخترونه، ولأن النسيء ﷺ امتنع من التسعير لما سئل فيه فقيل له: لو سعرت لنا، فقال: «إن الله هو القابض والباسط والمغلى والمرخص وإنى لأرجو أن ألقى الله وليس لأحد منكم عندي مظلمة ظلمته إياها في عرض ولا مال»^(١).

فإذا ثبت ذلك فالذى يخاف ضرره بعقد التسعير هو الزيادة فيه وهذا يمكن حسمه بأن يقال لمن يحيط السعر: إما أن تلحق بالناس، وإما أن تنصرف، ومثاله أن يكون بيع الناس مثلاً للخبز عشرة أروطال بدرهم فيبتدئ هو البيع على ثمانية فيقال له: إنا لا نسعر عليك ولا يلزمك البيع بما لا تختار، ولكن تأمر بك بأن لا تضر بالناس تغلى الأثمان زيادة على بيع غيرك لئلا يقتدى الباقون بك فيضر ذلك بالناس، فلما بعه على بيعهم وإلا أزلنا الأضرار عن الناس بصرفك عنهم، وقد روى: أن عمر رضى الله عنه قال لحاطب ابن أبى بلتعة مثل ذلك^(٢).

فصل

الحكمة^(٣) إذا أضرت بأهل البلد ممنوعة في كل ما بهم حاجة إليه وضرورة إلى شرائه وكثرته، سواء كان طعاماً أو ثياباً أو أى شيء كان من أنواع الأموال، والأصل في منعها قوله ﷺ: «لا يحتكر إلا خاطئ»^(٤)، وروى: «المتربصون بالطعام هم الآثمون»^(٥)، وروى: أن عمر رضى الله عنه خرج إلى المسجد فرأى طعاماً منشوراً فقال: ما هذا؟ قالوا: طعام جلب إلينا، قال: بارك الله فيه وفيمن جلبه، قالوا: إنه قد احتكره فلان وفلان فدعاهما فقالا له: نشترى بأموالنا ونبيع، فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بإفلاس أو جذام»^(٦)، وهذا هو فى البلدان

(١) أخرجه أبو داود: البيوع (٢٧٠/٣) ح (٣٤٥١)، والترمذى: البيوع (٥٩٦/٣) ح (١٣١٤) وقال: حسن صحيح. وابن ماجه: التجارات (٧٤١/٢) ح (٢٢٠٠).

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ: البيوع (٦٥١/٢) ح (٥٧).

(٣) يقال احتكر أى: احتبس انتظار الغلاء، القاموس المحيط (١٣/٢).

(٤) أخرجه مسلم: المساقاة (١٢٢٨/٣) ح (١٦٠٥/١٣٠)، وأبو داود: البيوع (٢٩٦/٣) ح (٣٤٤٧)، والترمذى: البيوع (٥٥٨/٣) ح (١٢٦٧)، وابن ماجه: التجارات (٧٢٨/٢) ح (٢١٥٤).

(٥) لم أجده.

(٦) أخرجه ابن ماجه: التجارات (٧٢٨/٢) ح (٢١٥٥) فى الزوائد: إسناده صحيح، ورجاله موثقون. وأحمد: المسند (٢٧/١) ح (١٣٦).

الصغار الذين يضرُّ بهم الاحتكار، فأما البلدان الكبار والأمصار الواسعة التي يكثر إليها الجلب ويتسع الحمل والتجهيز فلا بأس، لأن ذلك غير مضر بهم غالباً إلا أن يتفق في بعض الأوقات غلاء أو شدة ويؤدي ذلك إلى الإضرار بالناس فيمنع حينئذ.

فصل

لا يعرض لمن جلب طعاماً أو غيره إلى بلد ولا يجبر على بيعه ولا يمنع من اختزانه وحركته لأنه لم يضر بالناس ولا غلى عليهم سعراً ولا استبد بشيء كان يجب أن يساويهم فيه، بل في منعه من ذلك إضرار به وافتيات عليه لأنه إنما تكلف جلبه وسافر في تخليصه ليبقيه لنفسه، فليس لأحد اعتراض عليه فيه، وقد روى عن عمر أنه قال: من جلب طعاماً على عمود ظهره، فذلك ضيف عمر يبيعه كيف شاء ويذهب به حيث شاء^(١).

فصل

بيع العريان منهى عنه إذا وقع على صفة دون صفته، وصفته الممنوعة أن يشتري الرجل السلعة بثمن معلوم أو يكتري دابة بكراء معلوم وينقد من ذلك شيئاً ليسكن البائع أو المكري إليه على أنه إن رضى إمضاء البيع أو الكراء وينقد بقيته وإن كره لم يرجع بما نقده^(٢).

وإنما قلنا: إنه ممنوع لنهيهِ ﷺ عن بيع العريان^(٣) ولأنه من أكل المال بالباطل لأنه يذهب بغير عوض ولا على وجه الهبة والصدقة، وإنما هو ضرب من القمار، ووقوعه على الصفة الجائزة، فهو أن يجعل العريان على يد غير البائع وعلى يده مختوماً لثلاث يتتبع به ثم يرده إن كره المشتري فيكون بيعاً وسلفاً، فإذا ختم عليه زال ما يخاف من ذلك ثم ينظر: فإن اختار الإمضاء احتسب به من الثمن أو الأجرة إن كان كراء، وإن كره استرجعه، فهذا جائز لأنه ليس فيه ما يقتضى المنع.

(١) أخرجه مالك في الموطأ: البيوع (٦٥١/٢) ح (٥٦).

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٦٣/٣).

(٣) أخرجه أبو داود: البيوع (٢٨١/٣) ح (٣٥٠٢)، وابن ماجه: التجارات (٧٣٩/٢) ح (٢١٩٢).

- (٢١٩٣)، ومالك في الموطأ: البيوع (٦٠٩/٢) ح (١).

فصل

الدين بالدين^(١) ممنوع لنهي ﷺ عن الكالى بالكالى^(٢) وهو الدين بالدين، وذلك إذا كان من الطرفين مثل أن يحل له سلف من عروض على رجل فيجعلها ثمنًا لشيء آخر من سلم يتقل إليه أو أن يسلم إليه فى شيء بشمن معلوم يكون دينًا فى ذمة المسلم للمسلم إليه، فهذا كله ممنوع، فأما فسخ الدين إذا حلَّ فى عين بتأخر قبضها وتكون مضمونة على بائعها فمنعه مالك وابن القاسم وأجازه أشهب وغيره وذلك ككثرة يجتنها أو سلعة غائبة أو دار يسكنها مدة أو ما أشبه ذلك، فوجه المنع أنه مفسوخ فيما لا ينتجز وما هو فى ضمان الغريم، فأشبه أن يفسخ شيء فى الذمة، ووجه الجواز أنه فسخ دين فى عين كالمقبوض.

فصل

الوضع على التعجيل ممنوع منه، وصفته أن يكون على رجل دين لم يحل فيقول لصاحبه: تأخذ بعضه معجلًا وتبرئنى من الباقي، فهذا غير جائز لأمرين: أحدهما أنه يدخله الربا إن كان فى ذهب أو فضة أو طعام أو ما يحرم التفاضل فيه، والآخر أنه قرض يجر نفعًا، وروى ذلك عن ابن عمر وزيد بن ثابت، وهو إجماع الصحابة وكذلك إذا عجل له بعضه قبل الأجل على إن أخره بالباقي زيادة على الأجل الأول لأنه ترك ذلك الأجل للتعجيل.

فصل

إذا باع ملك غيره بغير إذنه انعقد البيع ووقف على إجازة المالك أو رده، وكذلك إذا اشترى له بغير إذنه، وفرق أبو حنيفة بينهما فأجاز فى البيع ومنعه فى الشراء^(٣)، ومنعه الشافعى فى الموضعين^(٤)، فدللنا على الشافعى حديث حكيم بن حزام وعروة البارقي:

(١) قال ابن عرفة: هو بيع شيء فى ذمة شيء فى ذمة أخرى غير سابق تقرر أحدهما على الآخر، شرح حدود ابن عرفة (٣٤٨/١).

(٢) أخرجه الدارقطنى: سننه (٧١/٣) ح (٢٦٩) والحاكم فى المستدرک (٥٧/٢)، والبيهقى فى الكبرى (٤٧٤/٥) ح (١٠٥٣٦).

(٣) انظر الهداية للمرغينانى (٧٥/٣).

(٤) قال النووى: (قلو باع مال غيره بلا إذن ولا ولاية فقولان: الجديد بطلانه. والقديم أنه ينعقد =

أن النبي ﷺ دفع إليه ديناراً لبيتاع له شاة، فابتاع شاة ثم باعها بدينارين فابتاع بأحدهما شاة وجاء بالدينار الآخر إلى النبي ﷺ فأخذه وبارك له في صفقته^(١)، ولأنه عقد تمليك يفتقر إلى الإجازة، فجاز أن يقع موقوفاً عليها كالوصية، ولأنه تمليك للملك الغير بغير إذنه كالتصدق باللقطة، ودلينا على أبي حنيفة: أن القبول أحد طرفي العقد فجاز أن يقف العقد على إعضائه كالإيجاب.

فصل

إذا اشترى عبداً نصرانياً جاز أن يبيعه من نصراني لأنه مساوٍ له في الدين كبيع المسلم من المسلم.

فصل

إذا اشترى نصراني عبداً مسلماً ففيها روايتان: إحداهما أنه لا يصح ويفسخ والأخرى أن العقد يقع ويجبر على بيعه.

فوجه الأولى: أن كل معنى إذا طرأ على ما يملكه النصراني قطع استدامته في حق المسلم، فإذا وجد ابتداء منع العقد، أصله النكاح لأنها إذا أسلمت تحته منع ذلك استدامة نكاحه، وكذلك وجود الإسلام يمنع ابتداء عقده عليها كذلك العقد على الرقبة.

وجه الثانية: أنه قد ثبت له عليه ملك بوجه وهو أن يسلم في ملكه فيباع عليه، وإذا كان كذلك لم يفسخ عقده عليه وبيع عليه، أصله إسلامه في ملكه.

فصل

اختلف أصحابنا في بيع ما أذن في اتخاذه من الكلاب، فمنهم من قال: يكره، ومنهم من قال: يحرم.

وجه الجواز ما روى: أنه ﷺ نهى عن ثمن الكلب إلا كلب صيد أو رزع أو

= موقوفاً على إجازة المالك فإن أجاز نقد وإلا لغى، روضة الطالبين (٣/٣٥٥)، المهذب للشيرازي (١/٢٦٢).

(١) أخرجه البخاري: المناقب (٦/٧٣١) ح (٣٦٤٢)، وأبو داود: البيوع (٣/٢٥٣) ح (٣٣٨٤)، والترمذي: البيوع (٣/٥٥٠) ح (١٢٥٨).

ماشية^(١)، ولأنه جازح يصاد به كالبازي.

وجه الحظر نهيه ﷺ عن ثمن الكلب، ولأنه حيوان منهي عن اتخاذه إلا للضرورة كالسباع، وعلى من قتله قيمته لصاحبه خلافاً [للشافعي^(٢)] لأنه حيوان يصح الانتفاع به والوصية به كالخيل والبغال ولأنه بهيمة يجوز الاصطياد به كالبازي^(٣).

فصل

لا يجوز بيع الزيت النجس ولا العذرة للتزيبيل^(٤) لأنها عين نجسة كالدم.

(١) أخرجه البخاري: البيوع (٤/٤٩٧) ح (٢٢٣٧) ومسلم: المساقاة (٣/١١٩٨) ح (١٥٦٧/٣٩)، والترمذي: البيوع (٣/٥٦٩) ح (١٢٨١)، ولفظه عند الترمذي.

(٢) قال النووي: (لو أئلف لغيره كلباً أو خنزيراً أو مسرجيناً أو ذرق حمام أو جلد ميتة قبل دباغته أو غير ذلك من الأعيان النجسة لم تلزمه قيمته بلا خلاف عندنا قال الماوردي: قال أصحابنا: لم يكن يعرف خلاف في أنه لا قيمة على من أئلف كلباً معلماً حتى قال به عظامم تابعه مالك)، مجموع شرح المذهب (٩/٢٢٨).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) الزبل بالكسر السرفين والمنزلة ملقاه وموضعه وزبل زرعه يزبله سمده، القاموس المحيط (٣/٣٨٧).

باب

البيع جائز بشرط الخيار [لقوله ﷺ في حديث حبان: «واشترط الخيار ثلاثاً»^(١)] ^(٢)، وقوله ﷺ: «المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا إلا يبيع الخيار»^(٣)، ولأن الإنسان يحتاج إلى تأمل ما يتناعه واختياره فجاء ذلك.

فصل

يجوز أن يشترطه البائع والمشتري لقوله ﷺ: «واشترط الخيار ثلاثاً»^(٤) ولم يفرق، ولأن الخيار وضع للتأمل والاختبار وكل واحد منهما محتاج من ذلك إلى مثل ما يحتاج إليه الآخر، فجاء اشتراط كل واحد منهما له.

فصل

فإن اشترطه أحدهما انفرد بالفسخ ولم يكن للآخر مقال معه، وإن اشترطاه معاً فقد تعلق الحق بهما فلا يسقط حق أحدهما إلا بإسقاطه له، ولا يثبت البيع إلا باجتماعهما على إجازة أو رد، فإن اتفقا على إمضاء أو فسخ كان لهما وإن اختلفا فاختار أحدهما الرد والآخر الإمضاء، فالقول قول المختار للرد لأن مختار الإمضاء قد أسقط حقه من الفسخ وبقي حق الآخر ولا يسقط بإسقاط غيره له.

فصل

خيار المجلس غير ثابت والعقد بالقول لازم خلافاً للشافعي^(٥) لقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائدة: ١]، ولأنه عقد معاوضة كالنكاح، ولأن كل خيار كان من مقتضى العقد. جاز أن يبقى بعد الافتراق كخيار العيب وكل خيار لا يثبت بعد الافتراق، فليس من

(١) أخرجه ابن ماجه: الاحكام (٧٨٩/٢) ح (٢٣٥٥)، قال في الزوائد: في إسناده محمد بن إسحاق، وهو مدلس، وقد عنعنه، وانظر نصب الراية (٧/٤).

(٢) ما بين المعكوفين سقط (ب).

(٣) أخرجه البخاري: البيوع (٣٨٥/٤) ح (٢١١١) ومسلم: البيوع (١١٦٣/٣) ح (١٥٣١/٤٣).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) الحاروي الكبير للماوردي (٣٠/٥)، روضة الطالبين (٤٣٨/٣).

مقتضى العقد كالخيار فى إغلاء الثمن ورخص، ولأنه لو كان ثابتاً بمقتضى العقد لم يصح وقوع العقد على وجه لا يتصور فيه، فكان لا يصح للأب أن يشتري لابنه من نفسه لأن مفارقة الإنسان من نفسه لا تصح.

فصل

الخيار موضوع لتمام البيع واستقراره لا للفسخ، فإن اختار من له الخيار الإمضاء تم البيع وانبرم، وإن اختار الفسخ تبين أن الملك لم ينتقل إليه، وأنه لم يزل على ملك البائع، وفى الحالتين فهو فى الحكم على ملك البائع وتلفه منه ما لم يقرر من المشتري إمضاء خلافاً لمن يقول: إنه وضع للفسخ^(١) وأن الملك قد انتقل بنفس العقد لأنه إيجاب لا يلزم البائع الثبوت عليه، فلم ينتقل الملك به على التجريد، أصله إذا وجب ولم يقل للمشتري: قبلت، ولأن الإيجاب مع شرط الخيار غير محقق لأنه متعلق بشيء يقع فى المستأنف، فالمشتري يقبل إيجاباً غير محقق فلم ينتقل به الملك.

فصل

كل تصرف يفعله المالك فى ملكه لا يحتاج إليه فى اختيار المبيع، فإنه يعد رضاً ممن له الخيار ويكون من البائع فسخاً، ومن المشتري إمضاء وذلك كالوطء والتقييل واللمس للذة وكالهبية والصدقة بالمبيع والإعتاق والتدبير والكتابة، واختلف فى الإجارة والرهن [والسوم]^(٢) بالسلعة: فعند ابن القاسم أنه اختيار لأنه تصرف من المالك لا يحتاج إليه فى اختيار المبيع وليس باختيار عند أشهب لأنه قد يفعل نيابة عن الغير، وتزويج الأمة اختيار وتزويج العبد وإسلامه فى صنعه اختيار عند ابن القاسم وليست باختيار عند أشهب، وجناية الخطأ ليست باختيار وجناية العمد اختيار عند ابن القاسم وليست باختيار عند أشهب، والنظر فى هذا كله مع ابن القاسم والاستخدام ليس باختيار لأنه اختيار.

فصل

مدة الخيار متعلقة بما يمكن اختيار المشتري المبيع فى مثله، خلافاً لأبى حنيفة^(٣)

(١) وهو مذهب الحنابلة، انظر المغنى (٦/٤).

(٢) ثبت فى بعض النسخ (التسوم) وما أثبتناه، من (ب).

(٣) قال الموصلى (ولا يجوز أكثر من ذلك)، الاختيار (١٤/٢)، الهداية للمرغينانى (٣/٣١).

والشافعي في قصرها ذلك على ثلاثة أيام^(١) [لقوله ﷺ: «لكل مسلم شرطه»^(٢)، وقوله: «إلا بيع الخيار»^(٣) فأطلق، ولأنها مدة ملحقة بالعقد فجاز أن يكون أكثر من ثلاثة أيام]^(٤) كالأجال لأنها مدة يحتاج فيها إلى اختبار المبيع كالثلاثة، ولأن الخيار موضوع لتأمل المبيع واختياره والمبيعات مختلفة في ذلك وفي قصرها على مدة محصورة إبطال لفائدته.

فصل

إذا مات مشترط الخيار من المتبايعين قام ورثته مقامه خلافاً لأبي حنيفة^(٥)، لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ [النساء: ١٢] فعم، ولقوله ﷺ: «من ترك ملكاً وحقاً فلورثته»^(٦)، ولأنه خيار ثابت في عقد بيع كالخيار بالعيب، ولأن من ورث شيئاً ورثه بحقوقه كالدين بالرهن وخيار التعيين والرد بالعيب، ولا يلزم عليه الوطاء لأن ذلك لا يتصور فيه على وجه.

فصل

إذا اختلف الورثة فأراد بعضهم الإمضاء وبعضهم الفسخ: فإما رضوا جميعاً أو فسخوا لأنهم يقومون مقام موروثهم ولم يكن له تبعض الصفقة.

فصل

[لا فصل بين خيار الشرط أو الرؤية أو التعيين أو الرد بالعيب في أن ذلك كله موروث]^(٧).

(١) روضة الطالبين (٤٤٦/٣)، حاشية الجمل على شرح المنهج (١١٠/٣).

(٢) لم أجده.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٥) قال المرغيناني: «وإذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل إلى ورثته»، انظر الهداية للمرغيناني (٣٤/٣)، الاختيار للموصلى (١٥/٢).

(٦) أصله عند البخاري ومسلم بلفظ «من ترك مالا فلورثته» أخرجه البخاري: الفرائض (١١/١٢) ح (٦٧٣١)، ومسلم: الفرائض (١٢٣٧/٣) ح (١٦١٩/١٤).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فصل

يجوز أن يتبايعا ويشترطا أو أحدهما رضا فلان أو اختياره يومًا أو أيامًا خلافاً لأصحاب الشافعي^(١) لقوله ﷺ: «واشترط الخيار ثلاثاً»^(٢) ولم يفرق، ولأن الخيار وضع لتأمل المبيع وحظ مشترطه، وقد لا يعرف ذلك فيشرطه لغيره ليُعرفه إياه.

فصل

إذا ثبت الخيار ويكون لمن اشترط له فهل يثبت [مع ذلك لمشرطه من المتبايعين أم لا؟] فيه خلاف قال ابن القاسم: يثبت^(٣) الخيار للأجنبي وللبيع إن كان هو الذى اشترطه، فإن اختار الأجنبي ردًا أو إجازة وأباه البائع فالقول للبائع، وإن كان المشتري هو الذى شرط للأجنبي الخيار لم يثبت إلا للأجنبي فقط ولم يكن للمشتري أن يخالف عليه، وروى عنه أيضًا: أن لهما المخالفة عليه وهو قول ابن حبيب.

وإنما قلنا: إن شرط الخيار للأجنبي لا يلزم البائع لأنه لم يشترط له على وجه التمليك، ولكن على وجه تنبيهه وإرساله، ولأن الخيار للأجنبي فرع على ثبوته للبائع فيمتنع أن يثبت الفرع ويستفى به أصله. ووجه التفريق بين البائع والمشتري أن حال المشتري أضعف، لأن الإيجاب لا يتعلق بصفة والقبول يتعلق بها، فجعل أمره على التمليك والنظر التسوية بينهما لأنهما متساويان فى العقد وحقوقه، لا يختلف أصحابنا أن شرط مشاورة الأجنبي جائزة ولا يلزم المتبايعين لأنه اشترطها لنفسه لا لغيره.

فصل

إذا اختار مشترط الخيار أن يختار أو يفسخ فله، حضر الآخر أم غاب خلافاً لأبى حنيفة فى اشتراطه حضور صاحبه^(٤)، لقوله ﷺ فى المصراة^(٥): «فهو بخير النظرين إن

(١) قال النووي: «فإن شرطه لغيرهما فإن كان الغير أجنبيًا فقولان: أحدهما: يفسد البيع وأظهرهما: يصح البيع والشرط، روضة الطالبين (٤٤٨/٣)، الحاوى الكبير (٧١/٥).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) انظر الاختيار للموصلى (١٥/٢)، الهداية للمرغينانى (٣٣/٣).

(٥) التصرية: ترك اللبن فى الثدي ليعظم الضرر فيظن أن به لبن كثير. الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١١٥/٣).

رضيها أمسكها وإن سخطها ردها^(١) ولم يفرق، ولأنه مختار للفسخ مع بقاء مدة الخيار كما لو حضر صاحبه، ولأنه معنى ينقطع به خياره فلم يفتقر إلى رضا الآخر كالإجارة.

فصل

إذا اشترط الخيار ولم يضر بها له مدة صح العقد وضرب للسلعة مدة تختبر في مثلها خلافاً لمن قال: إن البيع فاسد^(٢)، لأن الإطلاق محمول على العرف فيصير كالمشترط في البيع كالحمولة والنقد.

فصل

لا يجوز اشتراط النقد في بيع الخيار لا إلى أجل قريب ولا بعيد لأن ذلك يضارع البيع والسلف، فيكون مرة ثمتاً إن اختار المشتري الإمضاء ومرة سلفاً إن اختار الرد، فإذا ثبت منعه فاشتراطه يفسد البيع لأنه شرط ينافي موجب العقد كما لو شرط ألا يملكه وإن لم يشترط وتبرع المشتري بالنقد جاز.

فصل

تلف المبيع في أيام الخيار من البائع إن كان في يده أو في يد غيرهما لأنه على ملكه لم يدخل في ضمان المشتري، فإن تلف في يد المشتري فتلفه منه، وإن كان مما يغاب عليه لأنه قبضه لمنفعة نفسه وعلى وجه المباينة دون مجرد الأمانة، ولا يضمته إن كان مما لا يغاب عليه لأن الظاهر أن هلاكه بغير صنعه، وأنه غير متعد بقبضه كالرهن.

فصل

إذا ابتاع من رجلين ثوبين بشرط الخيار فاختلفا ولم يتميز ألزمه البيع ولا خيار له لأنه لا يصل إلى رد ملك أحدهما عليه، فكان كالتالف.

فصل

اختلف أصحابنا في بيع السلعة بما لا يتغابن الناس بمثله مثل أن يشتري أو يبيع مما

(١) أخرجه البخاري: البيوع (٤٢٣/٤) ح (٢١٥٠) ومسلم: البيوع (٣/١١٥٥) ح (١١٥١٥/١١).

(٢) قال ابن قدامة: (الصحيح من المذهب أنه لا يصح وهو من ملعب الشافعي، المغنى لابن قدامة (١٠٦/٤)).

يساوى ألف بمائة، فمنهم من نفى أن يثبت الخيار لمغبون منهما، ومنهم من قال: لا خيار إذا كانا من أهل الرشاد والبصر بتلك السلع، وإن كانا أو أحدهما بخلاف ذلك فللمغبون الخيار.

فإذا قلنا: لا خيار له فلأنه نقص في عين المعقود عليه كالفيل، ولأن المغبون مفروط لأنه كان يجب أن يוכל من يشتري له أو يبيع.

وإذا قلنا: له الخيار فلقلوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨] وقوله ﷺ: «إذا بعت فقل لا خلافة»^(١)، ونهيه عن إضاعة المال^(٢)، وقوله: «لا ضرر ولا ضرار»^(٣)، ولأنه نوع من الغبن في الأثمان فجار أن يتعلق به الخيار، أصله تلقى الركبان، ولأنه نقص بضمن المبيع والغبن فكان مؤثراً في الخيار كالعيب.

(١) أخرجه البخارى: البيوع (٣٩٥/٤) ح (٢١١٧) ومسلم: البيوع (١١٦٥/٣) ح (١٥٣٣/٤٨).

(٢) أخرجه البخارى: الاستقراض (٨٣/٥) ح (٢٤٠٨)، ومسلم: الأفضية (١٣٤١/٣) ح (١٢).

(٣) أخرجه ابن ماجه: الاحكام (٧٨٤/٢) ح (٢٣٤٠ - ٢٣٤١)، ومالك فى الموطأ: الأفضية

(٢/٧٤٥) ح (٣١)، وأحمد: المسند (٤٠٨/١) ح (٢٨٧٠)، وانظر نصب الراية (٣٨٤/٤).

باب

ومن أراد بيع سلعة له معيبة فعليه أن يبين ذلك ويُعلم المشتري به لأنه إن كتمه ذلك فقد غشه والغش ممنوع في الدين.

وإنما قلنا: إنه غش لأن المشتري يدخل على مبيع سليم والبائع يعلم أنه لا يعلم بالعيب، وإنه لا يدري إذا علم به هل يرضى أم لا، فإذا كتمه فقد غشه [ولقوله ﷺ: «ولا تصروا الإبل والغنم»^(١)، فنهى عن التصرية لأنها غش وتدليس لأن المشتري يظن أن ذلك قدر حلابها، وروى أن رسول الله ﷺ مر برجل يبيع طعاماً فسأله كيف يبيع فأخبره فأوماً إليه أن أدخل يدك فيه، فأدخل يده، فإذا هو مبلول فقال ﷺ: «ليس منا من غش»^(١)].

فصل

إذا ثبت أن ذلك ممنوع فلا يمنع صحة البيع خلافاً لمن ذهب إلى ذلك^(٢) لحديث المصراة، وقوله: «من ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر»^(٣)، فثبت له الخيار فدل أن العقد صحيح، ولأن العيب ليس فيه إلا أنه نقص من المبيع، وذلك لا يوجب الفساد كما لو اشترى رزمة على أن فيها عشرة أثواب فكانت تسعة.

فصل

إذا ثبت أن العيب لا يفسد العقد وإنه يوجب الخيار للمشتري في أن يرد ويرجع بالثمن أو يمسك ولا شيء له ما دام المبيع قائماً بحاله لم يفت ولم يتغير لقوله في

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) أخرجه مسلم: الإيمان (٩٩/١) ح (١٠٢/١٦٤) بلفظ «من غشنا فليس منا»، وأبو داود: البيوع (٢٧٠/٣) ح (٣٤٥٢)، وابن ماجه: التجارات (٧٤٩/٢) ح (٢٢٢٤).

(٤) حكى هذا عن بعض أصحاب الإمام أحمد، انظر الشرح الكبير (٨٥/٤) لابن أبي عمر المقدسى.

(٥) تقدم تخريجه.

حديث المصرة: «فمن ابتاعها فهو بخير النظرين»^(١) فأثبت له الخيار، ولأن المشتري إنما بذل الثمن ليحصل له المبيع سليماً، فإذا أصابه معيماً فلم يرض ببذل الثمن في معيب، فكان له رده، وإن اختار رد البيع والرجوع بالثمن، فذلك له إن اختار إمساكه والرجوع بأرش العيب حتى يحصل السلعة المعيبة ببعض الثمن فليس ذلك له إلا برضى البائع.

وإنما قلنا ذلك لأن البائع دخل على أن يحصل له الثمن كله وتحصل السلعة للمشتري فلم يجبر على أن يحصل له بعض الثمن، ولأن المشتري لا يستحق الأرض على ألا يرد فلا يلزم المشتري إلا برضاه، [وفى حديث المصرة «إن رضيها أمسكها»^(٢)] وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر^(٣) ولم يجعل له إمساكها مع أخذ الأرض.

فصل

وإذا بذل البائع الأرض على ألا يرد فلا يلزم المشتري إلا برضاه لقوله ﷺ: «فهو بخير النظرين»^(٤)، فأثبت له الخيار وذلك ينفي الإيجاب على أحدهما، ولأنه يقول: إنما بذلت الثمن لتحصل لى سلعة سليمة كما أن البائع دخل على أن له كل الثمن.

فصل

وإنما قلنا: إن ذلك جائز مع تراضيهما خلافاً لمن منعه^(٥) لأن هذا الخيار قد سقط إلى مال لأن المبيع لو فات لكان للمبتاع الأرض فجاز إسقاطه الآن إلى مال كخيار القصاص، ولأن الجزء الفائت لما لم يعاوض عليه وجب له الرجوع بما قابله، فإذا تراضيا بذلك جاز، وكيفية الرجوع بالأرض أن ينظر إلى قيمة السلعة سليمة من العيب، فيقال: عشرون ديناراً فيقال: وكم تساوى مع العيب فيقال: ستة عشرة فيعلم أن العيب قد نقصها خمس قيمتها فيرجع على البائع بخمس الثمن، لأن ذلك في مقابلة الجزء الفائت ولا يرجع بمقدار ما نقص من القيمة لأن المعاوضة إنما كانت بالثمن لا بالقيمة، وهذا

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (٣).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) لا يى حنيفة في قوله: أن المشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده، الهداية

(٤٠/٣)، والشافعى أيضاً قال النووي: (ليس لمن له الرد أن يمسك المبيع ويطالب بالأرض)،

روضة الطالبين (٣/٤٨٠).

كله إذا كان المبيع قائماً بعينه لم يفت ببعض وجوه الفوت، فأما إن فات فليس له إلا أخذ الأرض لأن رده مع الفوت غير ممكن لأنه يوجب ألا يستبد المشتري بأخذ الثمن وألا يرجع المبيع إلى البائع وذلك غير جائز ونحن نذكر وجوه الفوت.

فصل

وهذا كله إذا لم يتصرف فيه بعد علمه بعيبه ولم يظهر منه بتركه، فإن تصرف فيه بعد العلم بالعيب مختاراً، فذلك رضا منه بعيبه فليس له رد ولا أرض.

فصل

وإن تصرف مضطراً مثل أن يشتري دابة معيبة ولم يظهر على عيبها إلا بعد أن يسافر بها، فلما علم عيبها لم يرض وأراد ردها ولم يجد بداً من ركوبها أو حمل متاعه عليها فعل ذلك مضطراً ففيها روايتان^(١):

إحدهما: أن ذلك مسقط لرده، والأخرى: أنه لا يسقطه، فوجه الأولى أنه تصرف مع العلم بالعيب كالتصرف مع الاختيار، ولأن ضرورته لا تمنع سقوط ردها إذا تعلق بذلك حق غيره لأنه إنما تصرف لحظ نفسه، ووجه الثانية أن المضطر في حكم المكره ولو تصرف مكرهاً لم يسقط خياره، فكذلك مع الاضطرار.

فصل

إذا ابتاع رجلاً عبداً فوجداً به عيباً، فإن اتفقا على رد أو إمساك فذلك لهما، وإن أراد أحدهما الرد والآخر الإمساك، ففيها روايتان^(٢):

إحدهما: أن لمن شاء منهما أن يرد وهو قول ابن القاسم، والأخرى: أنه لا يجب الرد مع اختلافهما وليس لهما تبعض الصفقة على البائع وهو قول أشهب.

وجه ثبوت الرد أنه بيع اجتمع في أحد طرفيه عاقدان فلم يتعلق رد المعيب في حق أحدهما برده فوجب في حق الآخر، أصله إذا كان البائعان رجلين والمشتري واحداً، ولأنه مبتاع وجد بما ابتاعه عيباً فلم يرض به ولم يفت، فكان له رده من غير اعتبار بغيره، أصله إذا انفرد به، ولأن هذا العقد في حكم الصفقتين بدليل أن جملة الثمن

(١) انظر الكافي لابن عبد البر (٧١١/٢).

(٢) انظر المدونة الكبرى (٣١٤/٣).

معلومة فى الجملة، وإن لم يعلم فى حق كل واحد منهما ولو كان فى حكم الصفقة الواحدة لم يصح.

ووجه سقوط الرد أن فيه تفريق الصفقة على البائع، وذلك لإضرار به وخلاف لما دخل عليه، ولأنه رد لمبيع وجب لجماعة عن عقد بيع، فوجب أن لا يملك أحدهم رد ما يخصه إلا برد الباقي، أصله إذا ابتاع بالخيار شيئاً فليس لورثته أن يتفرد أحدهم بالرد دون الآخرين.

فصل

إذا ادعى المبتاع أن بالمبيع عيباً فلا يخلو من أحد أمرين: إما أن يعلم بالمشاهدة كالقطع وغيره من النقص فى البدن، أو أن لا يعلم بالمشاهدة كالسرقة والإباق والتزويج فى العبد والأمة وما أشبه ذلك، فإن كان مما يعلم بالمشاهدة لزمه إيقاف البائع عليه ثم ينظر، فإن كان مثله لا يحدث عند المشتري ولا يكون إلا متقدماً على وقت الشراء فله الرد ولا مقال للبائع لأنه قد ثبت صدقه، فإن ادعى البائع عليه الرضا فله أن يحلفه على ذلك إن لم يقم له بينة به، إن حلف المشتري ثبت له الرد وإن نكل ردت اليمين على البائع، فإن حلف سقط عنه الرد، فإن نكل ثبت للمشتري وإن لم يدع البائع على المشتري الرضا لم يكن له إحلافه ولزمه [رد] (١) الثمن.

فصل

فإن كان مثله حادثاً مما يعلم أنه لم يكن فى ملك البائع وأنه لم يحدث إلا بعد البيع، فالقول قول البائع لأنه قد ثبت صدقه وكذب المشتري، فإن كان مما يمكن [حدوئه] (٢) عند البائع وحدوئه عند المشتري فالقول قول البائع مع يمينه لأن الأصل السلامة ولزم البيع والمشتري يدعى ثبوت خيار واستحقاق فلا يقبل ذلك منه إلا بينة وإلا حلف وسقط عنه الحكم، فإن نكل حلف المشتري، ووجب له الرد، فإن نكل فلا شيء له وإن حلف رده على البائع هذا إذا كان العيب مشاهداً والأيمان هاهنا على البت دون العلم لأنه يوصل إلى اليقين فيه.

(١) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٢) ثبت فى (ب) (وجوده).

فصل

وأما إن كان مما لا يعلم بالمشاهدة كالإباق والرقيق وغيره، فلا يقبل من المشتري إلا بيينة وإلا حلف البائع ثم كان الحكم على ما قدمناه.

فصل

فإن لم يظهر المشتري على العيب حتى تصرف في البيع تصرفاً ينقص منه أو حدث به عنده عيب آخر، فإن البائع لا يخلو أن يكون دلس أو لم يدلس: فإن كان دلس، للمشتري أن يطالبه بالأرض [ويتمسك]^(١) بالسلعة أو يرد ويرجع بالثمن ولا شيء عليه فيما تصرف فيه أو حدث به عنده إلا أن يكون في حكم ذلك المتلف فيكون ذلك فوتاً وذلك مثل أن يشتري ثوباً [معيباً]^(٢)، فلا يعلم به حتى يقطعه قميصاً أو سراويلاً أو غير ذلك مما يستعمل في مثله فله أن يرده ولا شيء عليه ولو مزقه أو أتلفه بتصرف الناس بمثله لم يكن له الرد وكان له الأرض، وإن كان المبيع عبداً فتلف من ذلك العيب فللمبتاع الرجوع بالثمن ولا شيء عليه من تلفه، فأما إن كان البائع لم يدلس فالمبتاع بالخيار إن شاء أن يأخذ الأرض وإن شاء أن يرد وما نقص.

فصل

وإنما قلنا: إن حدوث العيب عند المشتري لا يمنع الرد خلافاً لأبي حنيفة^(٣) والشافعي^(٤)، لأن البائع لم يوفه ما أوجب له العقد من سلامة المبيع، فكان له الرد إذا لم يرض بالإمساك، أصله إذا لم يحدث عنده عيب، ولأن الرد أحد نوعي الخيار الواجب للمشتري بالعقد فلم يمنعه حدوث العيب عنده كالأمساك وأخذ الأرض، ولأنه نقص حدث بالمبيع فلم يمنع رده مع أخذ أرضه أصله حُلْبُ المصراة.

(١) ثبت في (ب) (يمسك).

(٢) سقطت من (أ).

(٣) قال المرغيناني: (لأن في الرد إضراراً بالبائع لأنه خرج عن ملكه سالماً ويعود معيباً)، الهداية للمرغيناني (٤١/٣)، الاختيار للموصلي (٢٣/٢).

(٤) روضة الطالبين (٤٨٢/٣)، الحاوي الكبير للماوردى (٢٥٧/٥).

فصل

وإنما قلنا: إن له أن يمسك ويرجع بالأرض خلافاً لمن قال: ليس له إلا أن يرد^(١)، لأن الرد حق له والأرض حق له فلم يجبر على أحدهما.

وإنما قلنا في التدليس: إن المشتري مخير إذا تصرف في المبيع تصرفاً يجوز مثله رده ولم يلزمه أرض لأن ذلك رضا من البائع لأنه لما كتم العيب وهو يعلم أن المشتري يتصرف في المبيع، ولا يعد ذلك منه رضا لأنه تصرف عن غير علم بالعيب، كان راضياً به لأنه هو الذي سلطه عليه فلم يلزم المشتري أرض.

فصل

وإنما قلنا: إنه إذا قطعه بما لا يقطع مثله لم يكن له رده إلا مع النقص لأن البائع لم يسلطه على ذلك لأنه دخل على أن يتصرف فيه تصرف مثله المعهود، فإن تصرف فيه المشتري بمثل ما يتصرف في مثله فلا شيء عليه، لأن البائع سلطه عليه فإن خرج عن العادة لم يكن له رده إلا مع الأرض لأن البائع لم يسلطه على ذلك ولا رضى به.

فصل

[وإنما قلنا: إن العبد إذا مات من ذلك العيب فلا شيء على المشتري، فلأن البائع قصد أخذ مال المشتري بغير حق لأنه لم يوفه المبيع سليماً بل دفع إليه ما لم يعاوض عليه، فإذا لم يرضه لم يلزمه تلفه لأنه على ملك البائع حتى يعلم رضا المشتري.

فصل

وإنما قلنا: إن البائع إذا لم يدلس فليس للمبتاع رد المبيع إذا تصرف فيه إلا مع الأرض لأن البائع لم يسلطه على التصرف^(٢) ولا رضى به فلم يلزمه قبوله إلا مع الأرض، وسواء في ذلك إذا كان لم يعلم بالعيب أو كان علم به وأنسيه.

فصل

وإذا وجد بالمبيع عيبان: أحدهما يعلم أنه قبل البيع، والآخر يمكن فيه الأمرين،

(١) قاله الأحناف، انظر الهداية (٤١/٣)، انظر الاختيار (٢٣/٢).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (١).

فالرد للمشتري بالأول واليمين عليه لأن الآخر لم يحدث عنده لأنه لم يكن مدعى عليه استحقاق الأرض.

فصل

موت العبد وزمانته^(١) وهرمه^(٢) الذى لا يبقى معه انتفاع به وعتقه وتدييره وكتابته واستيلاد الأمة على ذلك فوت والأصل فيه أن كل ما يتعذر معه الرد فوت وكل هذا إتلاف منه مشاهدة ومنه من طريق الحكم، فأما البيع، ففيه ثلاث روايات:

أحداها أنه فوت ويرجع بالأرض على البائع وإن كان المشتري لم ينقص فى الثمن كان له الأرض، فإن كان قد نقص فالبائع الأول بالخيار إذا اختار أن يعطيه الأرض أو يكمل له رأس ماله.

والثانية: أنه لا شيء له إلا أن [يرده]^(٣)، والثانى: أو يرجع إليه بشراء أو هبة أو غير ذلك وما لم يرجع إليه أو يرده الثانى فلا شيء له على الأول.

والثالثة: أنه إن كان نقص لأجل العيب رجع بقدر ما نقص على البائع، وإن لم ينقص فلا شيء له إلا أن يرجع إليه.

فوجه الأولى: أن المبيع إخراج له عن الملك، فكان فوتاً كالعقود والصدقة، وإنما قلنا: إنه إن كان قد نقص فالبائع الأول مخير بين إعطائه الأرض وتكميل رأس المال، لأن رده غير ممكن، والذى يلزم البائع تخليصه من العيب بأى الأمرين شاء ورجحنا فى التخيير لأن جنبته أقوى بتعذر الرد.

وجه الثانية: وهى أنه لا شيء له إلا أن يرد عليه أو يرجع إليه أن الرد غير ميثوس منه، فلم يكن فوتاً كالرهن والعارية، فإن عاد إليه كان له رده لإمكان الرد بعد عوده.

وجه الثالثة: أنه إذا لم ينقص فلا إطلاقه بينه وبين البائع ولا سيما مع تعذر الرد، [والأقيس]^(٤) من هذا كله أن يكون له الأرض لأن البائع لم يوفه ما أوجب له العقد بالجزء الفائت عنده.

(١) قال الفيروزآبادى: الزمان من أصابته العاعة. وأتى عليه الزمان، القاموس المحيط (٤/٢٣٢).

(٢) أى: كبره، القاموس المحيط (٤/١٨٩).

(٣) ثبت فى (١) (يزده).

(٤) ثبت فى (١) (ولا فليس).

فصل

الإباق فوت^(١) خلافاً للشافعي^(٢)، لأن رده يتعذر معه ويجعله في حكم الميثوس منه، ولأن الإباق يوجب له القيمة في العيب وكذلك يجب أن يكون له الأرش في العيب.

فصل

وطء المشتري للثيب لا يمنع الرد ولا يوجب عوضاً خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنه يمنع الرد^(٣) لأن الفوت هو تلف المبيع أو تغير بدنه أو عينه أو أن يعقد عليه عقداً يخرج به عن الملك لا سبيل إلى رده وكل هذا معدوم لأنه استمتاع كالثيب والوطء فيما دون الفرج، ولأنها وطئت في ملك المبتاع كوطء الزوج والإكراه، وخلافاً لابن أبي ليلى في قوله: إنه يردها ومعها مهر المثل^(٤)، لأنه وطء ملك فلم يستحق عليه عوض به، أصله إذا فاتت، ولأنه لم ينقص شيئاً منها كالأستخدام.

فصل

وطء البكر لا يمنع الرد خلافاً للشافعي^(٥)، لما بيناه أن حدوث العيب لا يمنع الرد وليس الافتضاخ بأكثر من قطع بعض الأعضاء، وإذا ثبت أن له أن يرد، فإنه يردها وما نقصها كسائر العيوب.

فصل

قد بينا أن الرد واجب للمشتري إذا كان المبيع على حاله لم ينم في يد المشتري ولا نقص ولا تغير عن صفته، وسواء دلس به البائع أو نسيه، وبيننا أنه إذا حدث به عيب

(١) أي: عيب

(٢) قال الشيرازي: (وإذا وجد العبد أبخر أو أقرع أو زائياً أو سارقاً أو آبقاً ثبت له الرد لأن هذه عاهات يقتضى مطلق العقد السلامة منها)، المذهب (١/٢٨٦).

(٣) انظر الاختيار للموصلي (٢/٥١٧)، (٢/٢٥)، الهداية (٣/٣٣).

(٤) ذكره ابن أبي عمر المقدسي في الشرح فقال: (وقال شريح والشعبي والنخعي وسعيد بن المسيب وابن أبي ليلى يردها ومعها أرش)، الشرح الكبير مع المغنى (٤/٨٨).

(٥) قال الماوردي: (إذا كانت الجارية المعيبة بكراً فافتضاها المشتري وأذهب بكارتها ثم وجدها معيبة فأراد ردها لم يكن ذلك له لأن إذهاب البكارة نقص فيها من وجهين. أحدهما: في البدن، والثاني: في الثمن، الحارثي الكبير للماوردي (٥/٢٤٧).

عنده، فإن ذلك لا يمنع الرد ويرد معه ما نقصه العيب، فأما إذا نما فإنه لا يخلو النماء أن يكون منفعة أو عيباً، فإن كان المنفعة مثل استخدام العبد وسكنى الدار أو إيجارها أو ركوب الدابة وما أشبه ذلك، فإن هذا لا يمنع الرد بالعيب ولا شيء على المشتري فيما استعمل أو استعان ولا يلزمه رد شيء لأجله لأن هذا خراج والخراج به الضمان.

والأصل فيه ما روى ابن أبي ذئب عن مخلد بن خفاف أنه ابتاع غلاماً فاستعمله ثم وجد به عيباً فقاضى له عمر بن عبد العزيز برده وغلته، فأخبره عروة عن عائشة أن النبي ﷺ قضى فى مثل هذا أن الخراج بالضمان، فرد عمر قضاءه وقضى لمخلد برده الخراج إليه^(١) ولا خلاف فى ذلك أعلمه.

فصل

فأما إن كان النماء عيباً فإنه يختلف، أما ولادة الأمة ونتاج الماشية، فإنما ترد مع الأمهات وثمرات النخل بخلاف ذلك يرد أصل النخل ولا يرد الثمرة، [وقال أبو حنيفة: الولادة والتناج والثمرات يبطل الرد ويوجب الأرض]^(٢)، لأن هذه الأشياء عنده عيوب وحدوث العيب يمنع على أصله الرد^(٣)، وقال الشافعى: يرد الأصل وحده فى ذلك كله ولا يرد الفرع^(٤).

فدللنا على أبى حنيفة: أنه نماء يحدث فى يد المشتري بعد العقد، فلم يمنع الرد بالعيب، أصله الغلة والكسب، ولأن أكثر ما فيه أن يكون عيباً وقد بينا أن العيب لا يمنع الرد، ولأنهم قد وافقونا أن العبد إذا أفاد عند المشتري مالا بهبة أو التقاط أو ركاز، فإن ذلك لا يمنع الرد بعيب إذا وجد به، وكذلك ولادة الأمة لأنه لو كان منفعة لم يمنع الرد، فكذلك إذا كان عيباً كنماء العبد.

ودللنا على الشافعى فى قوله: إن الولد لا يرد أن الأصول موضوعة على كل حكم

(١) أخرجه أبو داود: البيوع (٢٨٢/٣) ح (٣٥٠٨)، والترمذى: البيوع (٥٧٢/٣) ح (١٢٨٥)

وقال: حسن صحيح. والنسائى: البيوع (٢٢٣/٧) ح (باب الخراج بالضمان).

(٢) انظر الهداية للمرغينانى (٣٣/٣).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) قال النووى: (الزيادة المتصلة كالسمن والتعليم وكبر الشجرة فهى تابعة للأصل فى الرد ولا

شئ على البائع بسببها، أما المنفصلة، كالأجرة والولد والثمرات وكسب الرقيق ومهر الجارية

الموطوءة بشبهة فلا تمتنع الرد بالعيب وتسلم للمشتري)، روضة الطالبين (٤٩٣/٣).

لزم في رقة الأم، فإن الولد يتبعها فيه كولد أم الولد والمكاتبه والمدبرة والمعتقة إلى أجل وقد ثبت أن حكم الرد لازم في رقة هذه الأم المبيعة من وقت البيع، فيجب أن يكون ما يحدث من ولد وحكمه حكمها فيه لأنه حدث بعد استقرار وجوب الرد، ولا يشبه الثمرة إذا حدثت عنده لأنها خراج وغلة لأنها ليست كخلق الأصل، والولد ليس بخراج فإن كانت الثمرة في النخل وقت الشراء ردها مع الأصل.

فصل

إذا ابتاع أصل النخل وفيها ثمر، فإن كان لم تؤبر فهو للمبتاع، وإذا أراد رد الأصل كان حكمه حكم ما حدث عنده، فإن كان قد أبر لزمه أن يرده مع الأصل عند ابن القاسم لأنه إذا أبر فليس يبيع بل كان واجباً للبائع إلا أنه جعل للمبتاع اشتراطه وفقاً به فسقط حق الثمر.

وعند أشهب لا ترد الثمرة مع الأصل أبرت أو لم تؤبر لأنه يبيع وغلة، فإن كان المشتري قد سقاها وأنفق عليها لزم البائع أن يعطيه ذلك كما لو سقاها أجنبي هذا إذا كانت [الثمره]^(١) قائمة، فأما إن كانت [الثمره]^(٢) قد فاتت نظر، فإن كان بغير فعل منه فله أن يرد الأصل ولا شيء عليه كولد الأمة الحادث بعد العقد إذا مات، ومال العبد مشروط معه إذا تلف أن له أن يرد الأمة والعبد ولا شيء عليه، وإن أئلفها هو بأكل أو بيع فإنه يرد مثل مكيلتها عند مالك لأنها قد أخذت قسطها من الثمن، وله أجر السقي والعلاج لأنها كملت بسقيه، وعند أشهب أنها غلة [لا ترجع]^(٣) مع الأصل اعتباراً بما لم يؤبر، فأما إذا ابتاع غنماً فجزأ أصوافها فينظر: فإن كان حين ابتاعها كان عليها صوف تام فجزأ فإنه يرده معها لأنه قد دخل في البيع، وإن كان حدث عنده فليس عليه أن يرده معها سواء كان بيده أو قد فات هذا كله على قول ابن القاسم.

فأما أشهب فإنه يقول: لا يرد ذلك سواء كان موجوداً يوم الصفقة أو حدث بعدها لأن تبع ولغو، فأما الألبان والسمون فإنها للمبتاع لأنها غلة فإن كان موجوداً يوم العقد لم يلزم شيء إذا رد عند ابن القاسم وأشهب لأنه يبيع غير [مقصود]^(٤) بالبيع، وإذا ابتاع

(١) سقطت من (أ).

(٢) سقطت من (ب).

(٣) ثبت في (ب) (لا ترد).

(٤) ثبت في (ب) (معقود).

عبدًا وشرط ماله رده معه فى العيب وليس له انتزاعه لأنه ليس بغلة ولا خراج، وإن تلف عنده فلا شئ عليه وحكم ما أفاد من مال عند المشتري ما كان معه يوم العقد.

فصل

الذى يوجب الرد من العيوب: كل عيب ينقص الثمن ويؤثر نقصًا فى المبيع أو يخاف عاقبته، وذلك كالجنون والجدام^(١) والبرص^(٢) والعنين^(٣) والخصاء والإفضاء والدفر^(٤) وبياض الشعر والبخر^(٥) والإباق والزنا والسرقة وما أشبه ذلك، ومنه ما يختص بالرائحة والمرادة للوطء كالحمل وغيره مما ذكرناه، ومنه ما يعم كالجنون وغيره بحسب ما يعلم من العادة فيما تراد له الجارية أنه يؤثر فيه وينقص الثمن لأجله أم لا، فأما عدم الخفاض فعيب فى رقيق العرب لأن العادة أنهم يخفضون وليس بعيب فى رقيق العجم لأنه يعلم أنهم لا يفعلونه وهذا مما يخص.

فصل

إذا زال العيب بعد العقد وقبل علم المشتري نظر: فإن كان مما تنقّى عاقبته فله رد العبد به، وذلك كالزوجة فى العبد والزوج فى الأمة، فإن الطلاق لا يسقط الرد فيهما، وكذلك ما أشبهه مما لا يؤمن عوده أو ضرره، وأما ما يؤمن ذلك فيه، فإذا زال فلا رد له كالدين إذا قضاه ولم يكن فى [سفه].

(١) مرض يقطع الأنامل والأطراف، القاموس المحيط (٨٨/٤).

(٢) هو بياض يظهر فى ظاهر البدن لفساد مزاج، القاموس المحيط (٢٩٥/٢).

(٣) هو العاجز عن الوطء وربما اشتهاه ولا يمكنه، مشتق من عنّ الشئ إذا اعترض قال الجوهري:

رجل عنين لا يشتهى النساء بين العنة، المطلع (ص/٣١٩).

(٤) الدفر هو النتن، القاموس المحيط (٣٠/٢).

(٥) نتن القم، القاموس المحيط (٣٦٩/١).

باب

إذا اشترى عبداً أو أمة فعهدته ثلاثة أيام بلياليها، فما أصابه فيها من حدث فمن البائع وإن شاء المشتري أخذه بعيبه بجميع الثمن له ذلك ثم له عهدة السنة بعد عهدة الثلاث من ثلاثة أدواء وهى: الجنون والجذام والبرص، فما حدث به من ذلك فى السنة فالخيار للمشتري فى إمساكه أو رده فإن تلف منها كان من البائع، وهذا لما كان أهل المدينة يجرون أمرهم عليه واشترطوها فى إيلهم ثم يبيتوا عليه، ولذلك قال مالك: لا يحمل عليها أهل الأمصار إلا أن يشترطوها، والكلام فيها إنما هو على تقدير بقاء ذلك اليوم بالمدينة ولو كان العرف جارياً به فى بلادنا.

وقال أبو حنيفة^(١) والشافعى: كل عيب حدث بعد قبض المشتري، أى عيب كان فهو منه^(٢)، ودليلنا ما روى الحسن عن عقبة بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ: «عهدة الرقيق ثلاثة أيام»^(٣)، وروى قتادة عن الحسن عن النبی ﷺ: «لا عهدة بعد أربع»^(٤)، ولأن ذلك إجماع أهل المدينة نقلاً لأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه حكم فى العهدة فقال: ما أجد لكم شيئاً أوسع مما جعل النبی ﷺ لحبان بن منقذ، فإنه جعل له عهدة ثلاثة أيام فيما اشترى إن رضى أخذه وإن سخط ترك^(٥).

وقال محمد بن يحيى بن حبان: ما جعل ابن الزبير عهدة الرقيق ثلاثة أيام إلا لقول رسول الله ﷺ لمنقذ بن عمر: «وأنت بالخيار ثلاثاً»^(٦)، وروى مالك عن عبد الله بن أبى بكر: أن أبان بن عثمان، وهشام بن إسماعيل كان يذكران فى خطبتهما عهدة الرقيق فى الثلاثة الأيام من حين يشتري العبد أو الوليدة^(٧)، وهو قول عمر بن عبد العزيز وأبى

(١) انظر الهداية للمرغيناني (٣٢/٣)، الاختيار للموصلى (١٩/٢).

(٢) المهذب للشيرازي (١/٢٦٠).

(٣) أخرجه أبو داود: البيوع (٢٨٢/٣) ح (٣٥٠٦)، والدارمى: البيوع (٣٢٦/٢) ح (٢٥٥١)، وأحمد: المسند (١٨٨/٤) ح (١٧٣٩٥).

(٤) أخرجه ابن ماجه: التجارات (٧٥٤/٢) ح (٢٢٤٥)، من طريق يونس بن عبيد، عن الحسن، عن عقبة بن عامر به، وأحمد: المسند (١٧٧/٤) ح (١٧٢٩٨).

(٥) أخرجه البيهقي فى الكبرى (٤٥٠/٥) ح (١٠٤٦٢)، والدارقطنى: سننه (٥٤/٣) ح (٢١٦).

(٦) أخرجه الدارقطنى: سننه (٥٤/٣) ح (٢١٧)، والحاكم فى المستدرک (٢٢/٢).

(٧) أخرجه مالك فى الموطأ: البيوع (٦١٢/٢) ح (٣).

الزناد، والزهرى ورووه عن المشيخة السبعة، فأسما عهدة السنة من الأدواء الثلاثة، وإنها تكمن فى البدن فتظهر فى السنة، فإذا ظهرت قبل كمال السنة علم أن أصلها كان عند البائع، وإذا حدثت بعده علم أنها حدثت فى ملك المشتري.

فصل

اختلف قول مالك فى البيع بشرط البراءة^(١) فعنه فيه ثلاث روايات.

إحداها: أنه جائز ويبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ مما علمه وكتمه واشترط البراءة منه، وهذا فى الرقيق دون غيره من الحيوان والعروض، وهذه الرواية هى المعتبرة وعليها النظر.

الثانية: أن ذلك جائز فى الرقيق وسائر الحيوان.

والثالثة: أن بيع البراءة غير نافع ولا يبرأ إلا مما^(٢) يقف المشتري عليه ويريه إياه.

فوجه القول بأن شرط البراءة جائز قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، ولأن ابن عمر باع غلاماً له بثمان مائة درهم بالبراءة فقال المبتاع: به عيب لم تسمه، فقال ابن عمر: «بعت بالبراءة فاختصما إلى عثمان فقضى عليه أن يحلف لقد باعه العبد وما به داء يعلمه»^(٣) موضع الدليل^(٤) أن ابن عمر باع بالبراءة ولم ينكر عليه عثمان، وإنما رأى البراءة مع العلم بالعيب لا ينفع ولم يخالف عليه أحد، ولأنه شرط البراءة من عيب لم يدلس به ولا كتّمه فأشبهه إذا أراه إياه، ولا يدخل عليه العروض لأننا اعتلنا للجواز فى الجملة.

فصل

ودليلنا على أنه لا يبرأ مما علم خلافاً لأبى حنيفة^(٥)، لقوله ﷺ: «إذا بعت فقل لا خلافة»^(٦) وهذا موجود فى مسألتنا، وما روينا من حديث عثمان وابن عمر، ولأنه

(١) عرفها ابن عرفة فقال: (ترك القيام بعيب قديم)، انظر شرح حدود ابن عرفة (١/٣٧١).

(٢) انظر المدونة الكبرى (٣/٣٣٥).

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ: البيوع (٢/٦١٣) ح (٤)، وانظر تلخيص الحبير (٣/٢٧) ح (٨).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٥) انظر الاختيار للموصلى (٢/٢٥)، الهداية للمرغينانى (٣/٤٦).

(٦) تقدم تخريجه.

عيب وجد بالمبيع لم يوجد رضا به ولا إبراء لبائعته على أنه عالم به، فلم يلزم المشتري، أصله إذا لم يشترط البراءة منه.

فصل

ووجه التفرقة بين الرقيق وغيره من الحيوان: أن الرقيق يقدر على إخفاء ما بهم من العيوب وكتماته، فلا يصل المالك إلى علم ذلك فجور له البيع بالبراءة للأمانة الدالة على صدقه في عدم علمه بعيب إن كان به وسائر الحيوان بخلافهم لأنه لا قدرة فيها على كتم عيوبها، فالبائع والمشتري يتساويان في ذلك، فلم يجز له البيع بالبراءة إلا ما يسميه له.

ووجه التسوية بينهما: أن العيب قد يخفى ويستتر في الحيوان، فلا يكاد يقف عليه إلا أهل الطب والبيطرة، فجار للمالك بيع البهيمة بشرط البراءة كجواره في الرقيق.

ووجه قوله: أن شرط البراءة لا يبرأ مما يوجد فيها بعد نهيه ﷺ عن بيع الغرر^(١) وهذا منه، ولأن شرط البراءة معنى يرتفق به أحد المتعاقدين فلا يصح مع الجهالة وإمكان التحرز في الغالب أصله الأجل، ولأن منع ذلك حسم للبائ، ولأنه إذا وجد بالمبيع عيب أمكن أن يكون عالمًا به فيجحد فيصير ذلك طريقًا إلى نفوذ حكم التدليس على المشتري وإلزامه إياه والأول أصح.

فصل

شرط البراءة من الحمل جائز عندنا في الوخش^(٢) والتي لا تراد للوطء وغير جائز في المرتفعات^(٣) إلا في الحمل الظاهر^(٤)، والفرق أن ذلك في المرتفعات غرر، لأن الأمانة المرتفعة المتخذة للتسري المرغوب فيها للحسن والجمال ينقص الحمل ثمنها ويضعها وضعًا بينًا وربما أتى على معظم قيمتها، فإذا لم يكن ظاهرًا فإن البائع والمشتري يدخلان على غرر ظاهر لأنها إن لم تكن حاملًا فقد وضع البائع حقه خيفة أن تكون حاملًا، وإن

(١) تقدم تخريجه.

(٢) الوخش الرديء من كل شيء ورذال الناس وسقاطهم، ولعل المصنف يقصد به هذا النوع من الرقيق، القاموس المحيط (٢/٢٩٢).

(٣) الجارية المرتفعة هي التي تراد للوطء.

(٤) المدونة الكبرى (٣/٣٣٦).

كانت حاملاً فالمشترى قد دفع الثمن رجاء أن لا تكون حاملاً وكل ذلك غرر، ولأن السنة مع الجواز على المواضعة، وعليه مضى السلف: إذا ظهر الحمل زال الغرر ودخل كل واحد على بصيرة وعلم ما يزيده في الثمن وينقصه، ولأنه لا موضع حيثئذ للمواضعة، فأما الوخش فإن الحمل لا يضع منه ولا يبطل شيئاً من أثمانهن بل لعله يزداد فيها، فجاز شرطه البراءة منه لقلة الغرر فيه.

فصل

العبد يملك عندنا خلافاً لأبي حنيفة^(١) والشافعي^(٢)، لقوله تعالى: ﴿وَأَنْكَحُوا الْأَيَّامِي مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾ [النور: ٣٢]، والفقر والغنى من صفات المالكين لأن من لا يصح عليه الملك لا يصح وصفه بالغنى ولا بالفقر، وقوله: ﴿أَوْ لَمْ يَرَوْا أَنَا خَلَقْنَا لَهُمْ مَا عَمِلْتَ أَيْدِينَا أَنْعَمْنَا لَهُمْ لَهَا مَالُكَونُ﴾ [يس: ٧١]، فالمقصد من هذا التنبيه على الصانع تعالى وعمومه الحر والعبد كما أن التنبيه عام فيهما، وقوله ﷺ: «مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ»^(٣)، وهذه لام التمليك، فهي محمولة على حقيقتها، ولأنه آدمى حى كالحُر، ولأن الرق حال من أحوال آدمى الحى فصَحَّ أن يملك معها كالحرية، ولأن المملوكات ضربان: أعيان، ومنافع، وقد ثبت أن العبد يملك المنافع كوطء زوجته وغير ذلك، فكذلك الأعيان، ولأن من صحَّ أن يملك فى حال صحَّ أن يملك فى كل حال اعتباراً بالحر عكسه البهائم لما لم يصحَّ أن تملك فى حال لم يصحَّ أن تملك فى كل حال.

فصل

إذا ثبت أنه يملك فإن ملكه ناقص غير تام ولا مستقر، ليس له أن يتصرف فيه إلا بإذن سيده، وليس له انتزاعه منه ما لم يتعلق به حق للغير على ما نذكره فى باب المأذون،

(١) انظر الاختيار للموصلى (١٣٣/٢).

(٢) قال الماوردى: (لا خلاف بين الفقهاء أن العبد لا يملك بالميراث ولا يملك ما لم يملكه السيد واختلفوا هل يملك إذا ملكه السيد مالا أم لا؟ فقال مالك وداود وهو قول الشافعى فى القديم: إن العبد يملك المال بتمليك سيده حتى يجوز له أن يشتري ويتصرف فى المال كيف يشاء وقال أبو حنيفة والشافعى فى الجديد: إن العبد لا يملك المال. وإن ملكه سيده ولا يجوز أن يشتري ولا يتصرف فيما بيده إلا بإذن سيده، الحاوى الكبير للماوردى (٢٦٥/٥).

(٣) أخرجه البخارى: المساقاة (٦٠/٥) ح (٢٣٧٩) ومسلم: البيوع (١١٧٣/٣) ح (١٥٤٣/٨٠).

فإن باعه السيد وله مال: فإن شرطه المبتاع لكان للعبد بالشرط، وإن سكت عن ذكره فهو للبائع لقوله ﷺ: «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع»^(١)، وسواء كان عينا أو عرضاً، ثم يكون المشتري فيها كالبائع إن شاء أقره في يده وإن شاء انتزعه، وله أن يطاء بملك اليمين إذا وهبه السيد أمة أو أذن له في ابتياعها.

فصل

ومال العبد تابع له في العتق إلا أن يشترطه المالك لقوله ﷺ: «من أعتق عبداً فماله له إلا أن يستثنيه سيده»^(٢)، فاختلف عنه في الوصية والهبة فعنه فيه روايتان^(٣):

إحدهما: أنه للواهب، والأخرى: أنه تابع للعبد، وإنما اختلف ذلك لاختلاف التعليل في البيع والعتق: فمن أصحابنا من علل البيع بأنه عقد معاوضة، فلذلك كان مالك العبد لمن خرج عن ملكه وعلل العتق بأنه إخراج الملك عن غير عوض، فلذلك كان مال العبد تابعا له، فعلى هذا يجب أن يكون في الوصية والهبة المال للعبد دون الموصى والواهب، لأنه خروج مالك من غير عوض كالعتق، ومنهم من علل البيع بأنه خروج ملك إلى مالك [والعتق بأنه خروج ملك إلى غير مالك]^(٤)، فعلى هذا لا يكون في الهبة والوصية تابعا للعبد لأنه خروج ملك إلى مالك.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه أبو داود: العتق (٢٧/٤ - ٢٨) ح (٣٩٦٢)، وابن ماجه: العتق (٨٤٥/٢) ح (٢٥٢٩)، والدارقطني: سنته (١٣٣/٤) ح (٣١).

(٣) انظر الموطأ (٦١١/٢).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

باب

لا يجوز التفرقة بين الأمّة ولدها فى البيع، ويفسخ ذلك إن وقع خلافاً لأبى حنيفة^(١)، لقوله ﷺ: «لا تولد والدّة عن ولدها»^(٢)، وقوله ﷺ: «من فرق بين والدّة ولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»^(٣)، ولأنه بيع منع منه لحق الله تعالى فى أحكام المبيع، فكان باطلاً أصله بيع الخمر.

فصل

فإن أجاب المشتري إلى الجمع بينهما فلا يجوز البيع أيضاً لأن المنع من ذلك لحق الله تعالى فلا يسقط بإسقاط آدمى، وفى حد التفرقة روايتان: الإثغار^(٤) لأنه يستقل عن ذلك بنفسه ولا يستتسر بفراق أمه كالاختلام، والأخرى البلوغ لأنها حال صغر اعتباراً بما قبل الإثغار.

فصل

ويفرق بينه وبين الأب لأنه لا يستتسر الطفل بمفارقة الأب كاستتساره بمفارقة الأم، ولأن الأم أولى بذلك لأن حق الحضانة يثبت لها دون الأب.

فصل

لا يفرق بين الأمّة المسيية وبين ولدها لعموم الأخبار، ولأن المعنى فى المسيية وغيرها سواء، ويقبل قولها فى أنه ولدها لأنه لا ضرر عليها فى ذلك إلا فى التوارث فلا يقبل.

(١) لأن هذا من البيوع المكروهة فقط عند أبى حنيفة، انظر الاختيار (٣٣/٢)، الهداية للمرغينانى (٦٠/٣).

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٨/٨) ح (١٥٧٦٧)، وانظر نصب الراية (٢٦٦/٣).

(٣) أخرجه الترمذى: البيوع (٥٧١/٣) ح (١٢٨٣) وقال: حسن غريب، وأحمد: المسند (٤٨٣/٥) ح (٣٥٧٤).

(٤) الثغر: الفم أو الأسنان أو مقدمها وتُغَرَّ أى نبتت أسنانه، القاموس المحيط (٣٨٢/١).

باب

التصرية عيب وتدليس إذا قصد به البائع التدليس، والمصرأة هي: الشاة أو الناقة أو البقرة يجمع اللبن في ضرعها ليعظم فيظن المشتري إذا حلبها أن ذلك قدر حلابها، والتصرية في اللغة الجمع، قال: صريت الماء في الحوض إذا جمعته^(١)، ومنه قوله تعالى: ﴿فَأَقْبَلَتِ امْرَأَتُهُ فِي صُرَّةٍ﴾ [الذاريات: ٢٩]، قيل: جمع من النساء^(٢)، فمن ابتاع مصرأة ثم علم بذلك بحلابها فهو بالخيار إن شاء أمسكها بعيها وإن شاء ردها ورد صاعاً من تمر للبن الذي حلبه منها، وقال أبو حنيفة: ليست التصرية بعيب ولا يثبت بها حق رد واللبن الذي في الضرع لا قسط له من الثمن^(٣).

ودليلنا أنها عيب قوله ﷺ: «لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو خير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر»^(٤)، ففيه أدلة: أحدها أنه نهى عنه، فدل على أنها تدليس، والثاني: أنه أثبت للمبتاع الخيار، والثالث: أنه أوجب عليه إذا ردها صاعاً من تمر وعندهم لا يجب، وفيه دليل على أن اللبن يأخذ قسماً من الثمن، ولأن قيمة الشاة التي تحلب عشرة أرتال أكثر من قيمة الشاة التي تحلب خمسة أرتال والرغبة في إحداها أزيد فصارت التصرية تدليساً بالعيب، فكان للمشتري أن يرد، ولم يمنعه الحلب من الرد كما لو ابتاع ثوباً، وقد دلس البائع فيه فلم يعلم حتى قطعه لكان له الرد.

فصل

إذا ابتاع شيئاً فاسداً فسخ البيع ورد الثمن على المبتاع: فإن تلف في البائع فتلّفه منه لأنه على ملكه لم يتقل عنه، فإن قبضه المبتاع وتلف في يده فضمّانه منه لأنه لم يقبضه على الأمانة، وإنما قبضة لشبهة العقد فضمّنه، فإن كان مما له مثل ضمّنه بمثله، وإن كان مما لا مثل له ضمّنه بقيمة يوم القبض لا يوم العقد لأنه لم يضمّنه بالعقد فيعتبر يوم

(١) القاموس المحيط (٦٨/٢).

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٦٢١٦/٩).

(٣) ذكره في الفتاوى الهندية (٧٢/٣ - ٧٣).

(٤) تقدم تخريجه.

العقد، وإنما يضمن يوم العقد ما يكون عقده صحيحاً لا فاسداً، وإن كان المبتاع [استغله]^(١) واستخدمه لم يلزمه شيء لذلك، لأن الضمان منه فكان الخراج له، والعقود فوت لأنه لا يمكن رده معه لأنه ينفذ في شبهة العقد كنفوذه في العقد الصحيح لقوته وتغليبه، وحوالة الأسواق فوت لأن فيه ضرراً على البائع أن تؤخذ السلعة منه وهى تساوى مائة وترد عليه وهى تساوى عشرين، والعيوب فى البدن فوت أيضاً.

وقد اختلف [أيضاً]^(٢) عنه هل هذا حكم جميع المبيعات الفاسدة أو حكم نوع منها، فعنه فى ذلك روايتان.

إحدهما: أنه حكم جميعها وهى رواية ابن نافع، والآخرى أنه ما اتفق على فساده وتحريمه كالربا والغرر وغير ذلك، فأما ما اختلف فى تحريمه فإنه إذا مات أمضى بالثمن.

فوجه الأولى: أنه مبيع فاسد كالربا، ولأن الاتفاق لا مزية له على الاختلاف فى الحكم بفساد العقد ما لم يفارق الاختلاف حكم الحاكم.

ووجه الثانية: أن الاختلاف يقتضى شبهة للقباض، فكان الثمن أولى من القيمة لأن الثمن متفق عليه مع الشبهة التى ذكرناها، وكان الفوت مشبهاً بحكم الحاكم بصحته والاول اقيس.

فصل

البيع جائز مساومة ومرايحة، فالمساومة: ألا يخبر برأس ماله بل يبيع السلعة بما يسوم بها ويوافق المبتاع عليه من مقدار الثمن، والمرايحة: أن يخبر برأس ماله، ويلتمس الربح على حساب معلوم مثل أن يقول: رأس مالها مائة ويبيعها بربح كل عشرة واحداً أو اثنين أو غير ذلك مما يلتمسه، وكل جائز لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥] ولأن الغرض أن يكون الثمن معلوماً، فعلى أى وجه أوقعه جار، وإذا ثبت هذا فقد انفرد رأس المال من شيء يتبعه وقد ينضم إليه شيء يتبعه كالقصارة والخياطة والصبغ والسطى والشد والسمسرة والكراء وغير ذلك، فإن انفرد رأس المال عن شيء

(١) ثبت فى (١) استعمله.

(٢) سقطت من (ب).

[يتبعه]^(١) لم يلزم سواء وما قدر من الربح له، وإن انضم إليه شيء من ذلك لم يخل من أحد أمرين:

إما أن يخبر [البائع]^(٢) برأس المال وما لزمه ويشترط ضمه إلى رأس المال وطلب الربح للكل، فهذا يكون له ما اشترطه، لأن المشتري قد رضى بذلك، وكأن البائع قال ابتداء: لا أبيعها إلا بكذا فرضى المتابع فيجوز.

وأما أن يطلق العقد ويسكت عن اشتراط ضم هذه التوابيع إلى رأس المال وعن اشتراط ربح لها، فهذا ينظر فيه: فيضم إلى رأس المال كل ما له عين قائمة في المتابع مثل القصارة والخياطة والصبغ والطرز، ويحسب لها بقسطها من الربح لأنها جارية معجى أصل المتابع، وما عدا ذلك من شد وطى وسمرة، فلا يضم إلى رأس المال فلا يحسب له ربح لأنه ليس بمؤثر في المتابع ولا المتابع مضطر إليه حتى يمكن حصوله إلا به لأن التاجر يفعله ترفيهاً لنفسه عن التعب، فليس له أن يلزم بذلك المتابع مؤنة رائدة إلا أن يعلم أن شراء ذلك المتاع لا يمكن أن يتولاه من يشتريه إلا بوسيط وسمسار، والعادة جارية بذلك فيحسب في رأس المال ولا يحسب له ربح لأنه ليست له عين قائمة مؤثرة في المتاع، ويحسب نقل المتاع من بلد إلى بلد، فأما كراء المنزل^(٣)، فإن كان التاجر اكتره ليسكنه ويأوى فيه إلى وقت انصرافه فالمتاع [تبع]^(٤)، فلا يحسب النفقة على نفسه طول مقامه، وإن كان اكتره ليحرر المتاع فيه ولولا ذلك لم يحتج إليه، فإنه يحسب بغير ربح يضرب له على ما ذكرناه.

(١) سقطت من (ل).

(٢) سقطت من (ل).

(٣) سقطت من (ب).

(٤) ثبت في (ب) (بيع).

باب

إذا اختلف المتبايعان فى مقدار الثمن: ففيها ثلاث روايات:

إحداها: أن التحالف والتفاسخ واجب بينهما على أى وجه كان سواء كانت السلعة فى يد البائع أو المشتري باقية أو تالفة إلا أن يرضى المشتري أخذها بما يدعيه البائع وهو قول أشهب والشافعى^(١).

والثانية: أنه إن كانت السلعة لم تقبض تحالفا وتفاسخا، وإن كانت قد قبضت فالقول قول المشتري مع يمينه وهى رواية ابن وهب.

والثالثة: أن السلعة إن كانت باقية لم تفت ولا تغيرت فى بدن ولا سوق وإن كانت قد قبضت فإنهما يتحالفان ويتفاسخان، وإن تلفت أو تغيرت بما ذكرناه، فالقول قول المشتري مع يمينه، وهذه رواية ابن القاسم وهو قول أبى حنيفة^(٢).

فوجه قوله: إنهما يتحالفان ويتفاسخان على كل وجه قوله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع ويردان»^(٣)، وروى: «يتحالفان ويتفاسخان»^(٤) فعم ولم يخص، ولأن الاختلاف فى ثمن المبيع يوجب التحالف، أصله قبل القبض، ولأنه لما كان القول قول المالك فى أصل البيع إذا قال: بعثكها، وقال الآخر: وهبتها، كان القول قوله أيضاً فى صفة ذلك الشيء ما أمكن.

ووجه اعتبار القبض دون الفوات أن الأصول موضوعة على أن اليمين فى جنة أقوى المتداعيين سبباً، والمشتري بعد القبض أقوى سبباً لما دفع إليه السلعة وأتمنه عليها إذا لم يشهد عليه ويتوثق منه وجب أن يكون القول قوله كما كان للذى الشيء فى يده

(١) روضة الطالبين (٥٧٧/٣)، المهذب للشيرازى (٢٩٤/١).

(٢) انظر الاختيار للموصلى (١٦١/٢).

(٣) أخرجه أبو داود: البيوع (٢٨٣/٣) ح (٣٥١١)، والترمذى: البيوع (٥٦١/٣) ح (١٢٧٠)، والنسائى: البيوع (٢٦٦/٧)، (باب اختلاف المتبايعين فى الثمن)، ومالك فى الموطأ: البيوع (٦٧١/٢) ح (٨٠).

(٤) ذكره الحافظ ابن حجر بلفظ «إذا اختلف المتبايعان تحالفا» وقال: اعترف الرافعى فى التلخيص أنه لا ذكر لها فى شيء من كتب الحديث. وإنما توجد فى كتب الفقه، وكأنه عن الغزالى فإنه ذكرها فى الوسيط، وهو تبع إمامه فى الأساليب، انظر تلخيص الحبير (٣٥/٣) ح (٢).

من المتداعيين القول مع يمينه.

روجه اعتبار القوات والتغيير قوله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع، فإن استهلكك، فالقول قول المشتري»، وروى: «والسلعة قائمة تحلفا وترادا»^(١)، ولأن التحالف سبب يثبت به فسخ البيع فسقط بتلف المبيع كالأقالة، ولأننا لو أوجبنا التحالف في هذا الموضع لكنا قد أوجبنا على المشتري القيمة، وربما كانت أضعاف ما يدعيه البائع من الثمن فيكون قد ألزمناه ما لم يدعه عليه خصمه.

فصل

إذا ثبت هذا فصفة المسألة على [الروايات]^(٢) الثلاث: أن الاختلاف لا يخلو أن يكون قبل القبض أو بعده: فإن كان قبله فإنهما يتحالفان ويتفاسخان ويبدأ البائع باليمين فيحلف أنه لم يبع السلعة إلا بما ادعاه، فإن حلف قيل للمشتري: إما أن تحلف على ما ادعيت ويفسخ البيع بينكما وإلا ألزمتك بما حلف البائع عليه، فإن حلف سقط عنه ما ادعاه البائع وفسخ العقد، فإن نكل لزمه البيع بيمين البائع ويكون له بما يدعيه فإن نكل البائع أولاً نقلت اليمين إلى المشتري، فإن حلف وجبت له ما يدعيه، فإن نكل فاختلف فيه: فقليل: يترادان، وقيل: يكون القول قول البائع.

فوجه التراد أنهما قد استويا في الحال كما لو حلفا لأنه ليس أحدهما أرجح من الآخر.

روجه ترجيح البائع أنه أقوى سبباً من المشتري لأن المشتري قد أضعف نفسه بنكوله، هذا كله إذا كانت السلعة لم تقبض، فأما إذا قبضت فعلى رواية اعتبار القبض تعرض على المشتري، فإن حلف وجبت له حلف باليمين وقوة السبب، وإن نكل ردت اليمين على البائع، فإن حلف ثبت له ما يدعيه بنكول المشتري ويمينه، وإن نكل فقد ذكر الخلاف وترتيب الرواية الأخرى على مثل هذا.

(١) ذكره الحافظ ابن حجر بلفظ: «إذا اختلف المتبايعان، والسلعة قائمة، ولا بينة لأحدهما تحالفا». وقال: رواها عبد الله بن أحمد في زيادات المسند من طريق القاسم بن عبد الرحمن عن جده، ورواها الطبراني، والدارمي من هذا الوجه، وانفرد بهذه الزيادة وهي قوله: «والسلعة قائمة» وأما قوله فيه: «تحالفا» فلم يقع عند أحد منهم، وإنما عندهم: والقول قول البائع أو يرادان البيع. انظر تلخيص الحبير (٣/٣٦) ح (٣).

(٢) ثبت في (ب). (على الصفات).

فصل

وإن كان الاختلاف في البيع فادعى البائع أنه حال وادعى المشتري التأجيل فينظر^(١): فإن كان العرف جارياً في موضعهما بأن ذلك النوع لا يباع إلا نقدًا لا نساء فاليمين على مدعى العرف لقوة سببه والقبض غير مؤثر، فإن كانا لم يفترقا: فقول: البائع [لأن العرف لا يثبت حال التبايع لأن تقدم التقد على العقد وتأخره على وجه واحد، وقيل: القول قول المشتري]^(٢)، لأن العرف في الجملة شاهد له، فأما إن لم يكن لذلك النوع المبيع عرف من تعجيل أو غيره وادعى المشتري أجلاً بشبهة، فقول: القول قول المشتري مع يمينه بعد القبض كالاختلاف في المقدار، وهذه رواية ابن وهب، وقيل: القول قول البائع كقول قبض، وإن تصادقا في الأجل واختلفا في مدته فالقول في الاختلاف في مقدار الثمن سواء، فأما الاختلاف في عين الثمن وجنسه فإنهما يتحالفان ويترادان [والقبض لا يؤثر لأن]^(٣) عين الثمن لا يقع فيها ائتمان وفيه نظر، وفروع هذا الباب تطول.

(١) ثبت في (١) (فانظر).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) سقط من (ب).

باب

ومن وطئ أمة ثم أراد بيعها فعليه أن يستبرئها^(١) قبل البيع، وعلى المشتري أن يستبرئها قبل أن يطأها، وقال أبو حنيفة^(٢) والشافعي: الاستبراء على المشتري ويستحب للبائع^(٣)، وحكى عن عثمان البتي أنه يلزم البائع ولا يلزم المشتري^(٤)، ودليلنا على وجوبه على البائع أنه إذا وطئها جاز أن تكون حاملاً من ذلك الوطء فيكون بائعاً لولده ومدخلاً للشبهة في النسب لأن المشتري قد يادرها فيطأها قبل الاستبراء، ولأنه أحد المتبايعين فلزمه كالمشتري، ولأن المشتري إنما لزمه الاستبراء لحفظ مائه لئلا يدخل على ماء غيره، فالبائع يلزمه من حفظ مائه ما يلزمه المشتري.

فصل

ودليلنا على وجوبه على المشتري خلافاً للبتي قول النبي ﷺ: «لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض»^(٥)، وقوله ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه رزع غيره»^(٦)، ولأنه لا يأمن أن تكون حاملاً فيكون بوطئه مدخلاً للشبهة في النسب فلزمه الاستبراء، وكذلك لا يحل له توابع الوطء من اللبس للذة والقبلة لأن حالها مترددة بين أن تكون مملوكة له وهو أن لا يظهر بها حمل وبين أن تكون أم ولد لغيره.

فصل

والاستبراء حيضة لقوله ﷺ: «حتى تحيض»^(٧) فأطلق، ولأن الغرض براءة الرحم،

(١) قال ابن عرفة: (والمراد بالاستبراء الكشف عن حال الرحم). حاشية الدسوقي على الشرح الكبير.

(٢) الاختيار للموصلي (٩/٢).

(٣) روضة الطالبين (٤٢٧/٨).

(٤) حكاها ابن قدامة في المغنى. انظر المغنى (١٥٨/٩).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) تقدم تخريجه.

وذلك يحصل بالمرّة، وتفارق الحرة لأن الزيادة لحرمة الحرية، فإن اتفقا على استبراء واحد جار لأن الغرض يحصل، ويستحب أن توضع على يدى امرأة من عدول النساء لأن ذلك أصون لها وأحفظ، ويكره أن تكون عند المشتري لئلا يتعجل بوطئها.

فصل

إذا وطئ الأمة سيدها ثم باعها قبل أن يستبرئها فوطئها المشتري قبل أن يستبرئها فأنت بولد لأكثر من ستة أشهر من وطئ الأول أو الثانى نظر إليه القافة^(١)، فبأيهما الحقوه لحق فإن الحقوه ببائعها انفسخ بيعها، وإن الحقوه بمشتريها لم يبعها، وإن أتت به لأقل من ستة أشهر لو طئ الثانى وهو لسته أشهر من وطئ الأول فهو للأول دون الثانى.

وأما ولد الزوجة فالظاهر من قول مالك أنه لا يحكم فيه بالقافة، وذكر الشيخ أبو بكر الأبهري عن أبي يعقوب الراوى أن ابن وهب روى عن مالك أنه يحكم فيه بالقافة كولد الأمة، وقد بينا أن الحكم بالقافة إنما هو فى وطئ الرجلين الأمة فى طهر واحد إذا أتت به لما يتشبه أن يكون منهما، وعند أبى حنيفة أن الحكم بالقافة باطل ولا يراعى الشبه، قال: فإذا تنازع الولد رجلان لحق بهما وكان ابناً لهما يرثانه ويرثهما وكذلك عشرون وثلاثون رجلاً لو ادعوه إن أمكن ذلك^(٢).

وقال الشافعى: يحكم القافة فى ولد الأمة والحرة^(٣)، ودليلنا على وجوب الحكم بالقافة ما روى عن عائشة أنها قالت: دخل رسول الله ﷺ تبرق أسارير وجهه، فقال: ألم ترى إلى مجزر المدبجى، نظر إلى أسامة وزيد وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما ويدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض^(٤).

(١) القافة بتخفيف الفاء جمع قائف عن الجوهرى وغيره وقال القاضى عياض: هو الذى يتبع

الاشباه والآثار ويقفوها. أى يتبعها فكأنه مقلوب من القافى وهو: المتبع للشيء قال الأصمعى:

هو الذى يقفو الأثر ويقتافه وهم قوم يعرفون الأنساب بالشبه المطلق (ص/٢٨٤).

(٢) قال الكاسانى: (ولو كانت الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة فادعوه جميعاً معاً فهو ابنهم

جميعاً ثابت نسبة منهم والجارية أم ولد لهم عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف: لا يثبت من

أكثر من اثنين وقال محمد: لا يثبت من أكثر من ثلاثة) بدائع الصنائع (٦/٢٤٤).

(٣) روضة الطالبين (١٢/١٠٣).

(٤) أخرجه البخارى: الفرائض (١٢/٥٧) ح (٦٧٧٠ - ٦٧٧١)، ومسلم: الرضاع (٢/١٠٨٢) ح

(١٤٥٩/٣٩).

[فوجه الدلالة^(١)]: أن المشركين كانوا يطعنون في نسب أسامة لأنه كان أسود وكان ريد أبيض، وكان ذلك يشق على رسول الله ﷺ فسر بقول مجزر لكونه قائمًا عارقًا بالأنساب، ولو كان ذلك ظنًا وتخمينًا لا يتعلق به حكم لم يسر به، ولأنكر على مجزر إخباره به كما ينكر كل ما يذكر من أمر الجاهلية وأحكامها مما ليس في شرعه إقراره، ويدل على أن اعتبار الشبه في اضطراب النسب واجب حديث سعد وعبد بن زمعة لما تنازعا الولد فادعاه سعد لأخيه وادعاه عبد بن زمعة لأبيه، فحكم النبي ﷺ به لصاحب الفراش وهو زمعة، ثم قال لسودة: «احتجبي منه»^(٢) لما رأى من شدة شبهه بعتبه مع ثبوت الأخوة بينهما وبين هذا الولد، وكذلك قوله ﷺ في قصة هلال بن أمية: «إن جاءت به على نعت كذا فهو لشريك»، فجاءت به على النعت المكروه، فقال: «لولا ما مضى من كتاب الله لكان لى ولها شأن»^(٣) فدل على أن الشبه معتبر في إلحاق النسب ونفيه، وروى عن عمر وأنس الحكم بالقافة، وهو عمل أهل المدينة المنتشر بينهم، ولأن حقيقة النسب من الأب لا يعلمها إلا الله تعالى أو من أطلعه الله عليه، وإنما يثبت بالاستدلال والفراش من جهة الظاهر، ووجدنا القافة لهم اختصاص بهذا العلم من طريق معرفة الشبه لا يدفع أحد ذلك، فجاز أن يكون لهم مدخل فيه كما جاز أن يكون للتجار مدخل في السلع المتلفات، ولأهل الحرز مدخل في الخرص في الزكوات وغيرها.

فصل

ودلينا على أن الولد لا يكون لأكثر من أب واحد قوله تعالى: ﴿وورثه أبواه﴾ [النساء: ١١]، وقوله: ﴿أن اشكر لى ولوالديك﴾ [لقمان: ١٤]، وقوله: ﴿ووصينا الإنسان بوالديه حسناً﴾ [النكبات: ٨]، ولأن استحالة ذلك في الشرع جار مجرى استحالة الأمر من طريق المشاهدة.

(١) ثبت في (ب) (موضع الدليل).

(٢) أخرجه البخارى: البيوع (٣٤٢/٤) ح (٢٠٥٣)، ومسلم: الرضاع (١٠٨٠/٢) ح (١٤٥٧/٣٦).

(٣) تقدم تخريجه.

فصل

فأما منع ذلك فى ولد الحرة فلأن الحكم بالقافة لا يثبت بالقياس ولم يرد فى الحرة شرع، ولأن الحرة لا يتساوى فيها الوطنان فى الفراش لأنها لا بد أن تكون فراشاً لأحدهما دون الآخر إذ لا يجوز أن تكون فراشاً لهما جميعاً، فيلحق الولد لصاحب الفراش، وليس كذلك الأمة لأنه قد يستوى حكم الواطئين من جهة الملك لأنها إذا كانت بين شريكين فهما يتساويان فى الملك ويشتريها واحد بعد واحد، فيقع العقد صحيحاً، فلذلك احتجنا إلى الترجيح، واعتباره من الطريق الذى يعتبر منه وبالله التوفيق.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ]

وصلى الله على محمد ^(١)

١٥ كتاب الإجازات ^(٢)

الأصل في جواز الإجارة في الجملة خلافاً لمن لا يعتد له ^(٣)، قوله تعالى: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنَكِّحَكَ بِحَدَى ابْنَتِي هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّجَ﴾ [القصص: ٢٧]، فنص على جواز الإجارة والمعاوضة على المنافع، وقوله في هذه القصة: ﴿يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مِنْ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوَى الْأَمِينُ﴾ [القصص: ٢٦]، وقوله ﷺ: «أَعْطِ الْأَجِيرَ حَقَّهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَ عَرَقُهُ» ^(٤)، وقوله: «ثَلَاثَةٌ أَنَا وَخَصِيمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فَذَكَرَ رَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى عَمَلَهُ وَلَمْ يَوْفِهِ أَجْرَهُ» ^(٥)، ولأن بالناس حاجة إلى تمليك المنافع كحاجتهم إلى تمليك الأعيان، ولأنه لإجماع السلف والخلف على مر الأعصار قبل خرق من خرقه، فلا يعتد بخلافهم فيه ^(٦).

(١) سقط من (ب).

(٢) الإجارة في اللغة: اسم للأجرة والأجرة كراء الأجر وأجره إذا أعطاه فهو أجر. المغرب (٢٧/١). وفي الاصطلاح: (بيع منفعة ما أمكن نقله غير سفينة ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشئ عنها بعضها يتبع بعضا ببعضها. شرح حدود ابن عرفة (٥١٦/٢).

(٣) قال ابن قدامة: (أجمع أهل كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة إلا ما يحكى عن عبد الرحمن بن الأصم أنه قال: لا يجوز ذلك لأنه غرر يعنى أنه يعقد على منافع لم تخلق وهذا غلط لا يمنع انعقاد الإجماع الذى سبق فى الأعصار وسار فى الأمصار) المغنى (٣/٦).

(٤) أخرجه ابن ماجه: الرهون (٨١٧/٢) ح (٢٤٤٣) فى الزوائد: إسناده ضعيف. وهب بن سعيد، وعبد الرحمن بن زيد - ضعيفان. والبيهقى فى الكبرى (٢٠٠/٦) ح (١١٦٥٩). انظر نصب الراية (١٢٩/٤).

(٥) أخرجه البخارى: الإجارة (٥٢٣/٤) ح (٢٢٧٠)، وابن ماجه: الرهون (٨١٦/٢) ح (٢٤٤٢) وأحمد: المسند (٤٧٥/٢) ح (٨٧١٣).

(٦) المغنى لابن قدامة (٣/٦)، الإجماع لابن المنذر (ص ١٠١)، نيل الأوطار للشوكاني (٢٨١/٥).

فصل

الإجارة هى عقد معاوضة على منافع الأعيان، ولا تخلو المنافع من أحد أمرين: إما أن تكون معلومة الجنس كخياطة الثوب وبناء الحائط وركوب الدابة وسكنى الدار وما أشبه ذلك، وغير معلومة مثل خدمة العبد وما فى معناها.

فالقسم الأول لا يحتاج إلى ضرب أجل لأنه مستغنى بالعلم بجنسه عن أن يعلم بأجل يحصره.

والقسم الثانى يحتاج إلى أصل ينضبط به، لأنه غير معلوم فى نفسه، ألا ترى أن خدمة العبد تختلف فتكون فى خبز، أو طبخ أو خدمة دابة أو شراء حاجة أو غير ذلك مما يستخدم فى مثله الأحرار، فلو لم ينضبط بمدة محصورة لدخل المنافع المستأجرة عليها الجهل والغرر فاحتيج إلى ضرب مدة تضبط بها.

فصل

تجوز إجارة الدور والأرضين والخوانيت والسياب والدواب والرقيق وأوانى الحديد والخشب وغير ذلك من العروض.

ويجوز عقد الإجارة على كل منفعة يستباح تناولها ويجوز للمالكها منعها وبذلها: كخياطة الثوب وبناء الحائط والصياغة والقصابة والصبغ وسائر الصنائع، وكذلك الخدمة وغيرها من المنافع.

فصل

تجوز إجارة الأعيان كاللحور والرقيق وغيرها على ثلاثة أوجه:

أحدها: على مدة معلومة معينة مثل: أن يقول استأجرت منك هذه الدار سنة أو سنتين أولها يوم كذا وانتهائها وقت كذا لأن هذا حصر للمنافع المعقود عليها [بمدة]^(١) تفوت بفواتها ويلزم المستأجر رفع يده عند تقضيها، ونظيره فى بيع الأعيان: أن يقول: ابتعت منك هذا الثوب أو ما فى هذه الرزمة من الثياب وقد شاهدها وعرفها فيجوز ذلك.

(١) سقط من (ب).

والثاني: أن يذكر المدة ولا يحدها من أى وقت يكون، فيقول: استأجرت منك هذه الدار شهراً بدينار ولا يبين أى شهر هو فيصح عندنا ويكون من وقت العقد خلافاً للشافعى فى قوله: إنه لا يصح إلا أن يبين أوله^(١)، لأن الإطلاق فى هذا محمول على العرف والعرف جار بين الناس فى بيعاتهم وإيجاراتهم ومعاملاتهم أنهم إذا أطلقوا الأجل، فالمراد به من وقت العقد، ألا ترى أن من باع من رجل ثوباً بدينار إلى شهر فإنه يحمل على أن ابتداءه من وقت العقد، وكذلك إذا أسلم إليه بشيء فى ذمته وقدر الأجل ولم يعينه، فإنه يكون من وقت العقد، وكذلك قلنا فيمن حلف ألا يكلم ريذاً شهراً ولم يعينه، فإن يمينه تنعقد من وقت حلفه لأن العرف جار فى كل هذا بأن المراد به الفور والحال كذلك الإجازات.

والثالث: أن يستأجرها مشاهرة فيقول: استأجرت منك هذه الدار على حساب الشهر بكذا أو السنة أو الأسبوع أو أى مدة قدر بها الأجرة، فيجوز وإن لم يعين مدة ما يعتقد عليه من ذلك خلافاً للشافعى فى قوله: إنه لا يصح إلا أن يقول: استأجرتها شهراً أو شهرين أو مدة يذكرها على حساب كذا^(٢).

وإنما قلنا: إن ذلك جائز لأن المنافع المعقود عليها يعلم قدرها باختيار المستأجر، فكان المؤجر قال: قد أجرتك هذه الدار ما شئت أن يسكنها من المدة على حساب كل شهر بكذا، فذكر الشهر يُراد لتحديد المعقود عليه وهو أجرة المنافع وإخراجه من [حيزاً]^(٣) الغرر والجهل ليقع الحساب عليه عند استيفاء المنافع، فيكون كقوله: قد بعثت من هذا الكر ما شئت على حساب كل قفيز بدرهم، فمهما أخذ منه استحق ثمنه عليه بما يقدر له، كذلك الإجارة فإذا ثبت هذا وقع العقد على هذا الحد: فلكل واحد منهما أن يترك إذا [شاء]^(٤) فيسكن المستأجر ما شاء من المدة ويخرج إذا شاء وتلزمه الأجرة بحساب ما سكن، وكذلك المالك له أن يطالبه بالخروج أى وقت شاء، وقال عبد الملك: تلزمه أجرة حد واحد مما جعله علماً على حساب الأجرة من شهر كذا أو سنة، كأنه قال: استأجرت منك هذه الدار كل شهر بدينار فيلزمه كراء شهر، وكذلك لو قال: كل سنة لزمه كراء سنة واحدة.

(١) انظر روضة الطالبين (١٩٦/٥)، المذهب للشيرازي (٣٩٦/١).

(٢) المذهب للشيرازي (٣٩٦/١)، روضة الطالبين (١٩٦/٥).

(٣) ثبت فى (ب) (من جهة).

(٤) ثبت فى (ب) (إنشاء).

فوجه الأول: أن العقد لم يقع على شهر كامل، وإنما وقع على حساب الشهر بكذا، فلم يلزم سكنى ما لم يقع العقد عليه، ووجه الثاني: أنه إذا قال: كل شهر بدينار فكأن الكراء إنما وقع على الحد الذي جعل علمًا على معرفة الأجرة المقدرة به.

فصل

إجارة الدراهم والدنانير وكل ما لا يعرف بعينه لا تصح، وإجارته قرضه، والأجرة ساقطة عن مستأجره هذا قول ابن القاسم، وشيخنا أبو بكر الأبهري وغيره يزعمون أن ذلك يصح وتلزم الأجرة فيه إذا كان المالك حاضرًا معه، ولابن القاسم أن الإجارة معاوضة على منافع الأعيان وإذا كانت العين نفسها لا يصح الانتفاع بها مع تقيتها وإنما يصح مع إبدالها ببيع وغيره لم تصح إجارته، وقد علم أن الدنانير والدراهم لا منفعة فيها مع بقاء العين، فلا يستحق أن يبذل العوض في مقابلتها بخلاف الدور والدواب وغيرها فلم يصح إجارته.

وإنما قلنا: إن إجارته قرضها لأن ربها ملك المدفوع إليه الانتفاع بها ولا ينتفع إلا بإتلاف أعيانها فصار ذلك ملكًا له، فلو قلنا: إنه تلزمه أجرة لكان في معناه قرض جر نفعًا، ودراهم بدراهم متفاضلة وذلك غير جائز، ووجه القول الآخر: أن الانتفاع بهما يمكن بأن يضعها المستأجر بين يديه يتكثر بها ويتجمل، وله غرض في أن يرى الناس معه دنانير ودراهم فينفعه ذلك فيما يقصده به، وإذا كان كذلك صحت إجارته.

وإنما قلنا: يجب أن يكون المالك معها لثلا ينفقها المستأجر ويعطيه بدلها وزيادة فيكون تفاضلاً وقرضاً جر نفعاً.

فصل

عقد الإجارة لارم من الطرفين ليس لأحد المتعاقدين فسخه مع إمكان استيفاء المنافع المعقود عليها خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن العقد يجوز أن يفسخ بوجود العذر في حق المكترى أو المكري وإن أمكن استيفاء المنفعة مثل أن يكتري جمالاً للحج ثم يبدو له أو يمرض فله الفسخ، أو داراً يسكنها ثم يريد السفر أو دكاناً ليتجر فيه فتحترق متاعه فله الفسخ عنده في ذلك كله^(١).

(١) انظر الهداية للمرغيناني (٣/ ٢٨٠)، الاختيار للموصلي (٢/ ٧٨).

ودليلنا قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائدة: ١] ولأنه عقد معاوضة محضة فلم يكن لأحدهما فسخه لمعنى فى العاقد كالبيع، ولا يدخل عليه التكاح لأنها ليست بمحضة، ولأن أحدهما إذا قال: لا أريد السفر إلى الجهة التى وقع الكراء إليها فعندهم أن هذا [عذر]^(١) فى حق المكترى دون المكبرى، فنقول: كل معنى لا يملك به المكبرى فسخ الإجارة لم يملك بمثله المكترى، أصله غلاء الأجرة ورخصها.

فصل

الأجرة لا تستحق تسليمها بمجرد العقد ولا بتسليم العين المستأجرة، وإنما تستحق الأجرة أولاً بأول لكل جزء من المال يقابل كل جزء من المنافع، إلا أن يكون هناك عادة أو شرط فيستحق التسليم لها أو يكون تأخيرها يؤدي إلى أمر ممنوع فيلزم تقديمه لذلك لا بمجرد العقد.

وقال الشافعى: يستحق تسليم الأجرة بتمام عقد الإجارة وتسليم العين المستأجرة شرط ذلك أو لم يشترط^(٢).

ودليلنا: أن الأجرة ثمن للمنافع كما أن الثمن فى البيع لرقبة المبيع، وقد ثبت أن فى البيع لا يلزم تسليم الثمن بمجرد العقد إلا بعد تسليم العقود عليه، فكذلك يجب فى الإجارة، ولا تلزم عليه الإجارة بثوب بعينه أو بفاكهة رطبة لأن هناك قارن العقد ما أوجب التعجل، فيكون له كاشتراط التقديم.

فصل

كل معنى طراً يمنع استيفاء المنافع فإن العقد يفسخ معه، وذلك كأنهدام الدار واحتراقها وغصبها، وكذلك امتناع المؤجر من تسليمها حتى فات وقت الإجارة ظلماً، وكذلك مرض العبد والدابة وهذا كله فى الإجارة المعينة دون المضمونة لأن امتناع استيفاء المنافع لا يلزم معه الأجرة لما بيناه [أن العوض لا يستحق إلا بتسليم المنافع كالأعيان]^(٣).

(١) ثبت فى (١) (غرر).

(٢) المهذب للشيرازى (٣٩٩/١)، روضة الطالبين (١٧٤/٥).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فصل

إذا تسلم المستأجر الدار أو الدابة المعينة وتمكن من استيفاء المنفعة فلم يستوفها حتى انقضت المدة فقد استقرت الأجرة عليه^(١)، لأن الذى يجب على المكرو تسليمها وتمكينه من المنفعة وقد فعل، فإذا اختار ألا يستوفها فلا يلزم المكرو شىء كما لو ابتاع مأكولاً رطباً [وقبضه]^(٢) فلم يأكله حتى تلف لزمه الثمن ولم يلزم البائع شىء.

فصل

الإجارة على ضربين: إجارة عين وإجارة متعلقة بالذمة، وكل ذلك جائز لأن العين لما كان له يبيعها كان له بيع منافعها، وكذلك لما كان له بيع شىء من الأعيان فى ذمته أعنى أعياناً مبيعة لا أعياناً معينة، فكذلك المنافع لأن الإجارة معاوضة على المنافع كما أن الأثمان معاوضة على الرقاب، فلما جاز العقد على رقبة الدابة بالوجهين جميعاً - أعنى بيع الدابة بعيونها وأن يُسلم فى دابة موصوفة فى الذمة - صح العقد على منافعها بالوجهين جميعاً.

فصل

فإذا ثبت ذلك فإن كان العقد على دابة معينة فلا بد أن تكون المنفعة المعقود عليها معلومة من ركوب أو طحن أو حمل أو غير ذلك، وإنما وجب ذلك لانتفاء الغرر بانتفاء الجهالة، وليعلم المكرو ما الذى يعاوض عليه من المنافع وكذلك المكرو، فإذا ثبت ذلك فإن الحق يتعلق بالذمة فى العين بل يتعين لتلك العين، فإن تلف [قبل استيفاء المنفعة، فإن العقد ينفسخ لتعذر استيفاء المنافع المعقود عليها لأنها مستحقة على وجه لا يمكن فيها القضاء ولا يلزم المكرو أن يأتى بغيرها: لأنه لا يستحق عليه منافع غيرها، وإن تلف]^(٣)، بعد استيفاء بعض المنافع دون جميعها، فإن العقد ينفسخ فيما بقى ويلزمه من الأجرة بقدر ما استوفاه من المنفعة بقيمته من الأجرة ويسقط عنه الباقي هذا الكلام فى العين.

(١) انظر المدونة الكبرى (٤٢٨/٣).

(٢) سقطت من (١).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فصل

فأما المضمون في الذمة فمثل: أن يستأجر منه دابة ليركبها إما إلى موضع معين أو أجل بعينه^(١).

وإنما قلنا: إنه لا بد من أحد هذين ليحصل العلم بما يعاوض عليه لأن العمل يتقدر تارة بالمدة وتارة بنفسه بالركوب إلى موضع بعينه مقدر بنفسه مستغن عن ضرب مدة فيه كخياطة القميص وبناء الحائط، والركوب على الإطلاق من غير اشتراط مسافة معينة أو مقدرة لابد فيه من ضرب مدة كخدمة العبد وإلا دخله الجهل، [فلذا ثبت ذلك فيجوز حالاً إلى أجل]^(٢) لأننا لو لم نجزه إلى أجل لأدى إلى بطلان انتفاع الناس بالكراء أو انقطاع معاشهم وتجاراتهم، وصورته إلى أجل مثل: أن يكتري منه في رجب أو شعبان للحج وعادة الناس في الخروج عندنا ببغداد في ذي القعدة فيقول: اكرت منك كراء في ذمتك إلى الحج بعشرين ديناراً أو ما يتفقان عليه والأجل وقت خروج الناس، فإذا ثبت ذلك فيجب تعجيل النقد فيما يؤجل اعتباراً بالسلم لأن في تأخير كونه ديناً بدين، فأما في الحج فعنه روايتان:

إحداهما: [أنه لا يجوز تأخير النقد إلا في اليسير وهو الثلاث فدونه، والآخر]^(٣) أنه يجوز ويكتفى فيه بالعربان كالدينارين والثلاثة.

فوجه الأولى: أن في وجوب النقد ليخرج عن باب الدين بالدين، وإنما جار التأخير في اليسير لأن الغالب في الأصول أن حكم الأكثر في حكم الجميع وأن الأقل لا حكم له.

ووجه الثانية: أن تقديم العربان يخرج عن باب الدين بالدين، فقد تعجل الشيء من أحد الطرفين، ولم يكلف نقد الكل خيفة الغرر لأن المكري قد يتتفع في الثمن ثم يخلفه، وقد جرت العادة بذلك منهم، فكان الأصلح عقد العربان ليسخرج عن الدين بالدين في جميع العقد ثم يكون الباقي كالوديعة عند [المكترى]^(٤) أو كالرهن.

(١) انظر الكافي لابن عبد البر (٧٤٩/٢).

(٢) ما بين المكوفين سقط من (ب).

(٣) ما بين المكوفين سقط من (ل).

(٤) ثبت في (ل) (المكري).

فصل

فأما إذا كان الكراء المضمون حالاً وشرع في الركوب فلا يحتاج إلى نقد لأن أحد الطرفين قد تعجل أخذه في الركوب وتغاديه فيه يقوم مقام استيفائه، كما نقول في المقائى والمباطخ: إنه يجوز بيعها بالدين وإن كان المعقود عليه لم يخلق أكثره لأنه في حكم الموجود لتناسقه وتتابعه.

فصل

إذا استأجر للزرع ففرقت سقط كراؤها لتعذر استيفاء المنفعة المعقود عليها، وإن ررعها وأمكنه شربها فلم يثبت ررعها فعليه الأجرة لأن الذى على المؤاجر: تسليم الأرض وتمكينه من استيفاء المنفعة وليس عليه سلامتها، وكذلك إن نبت الزرع وأصابته جائحة من غير جهة الشرب لم يسقط عنه الكراء لأن التمكن قد وجد واستيفاء المنفعة غير متعذر وامتناع خروج الزرع أو سلامته ليس من مقتضى العقد فلم يلزم.

فصل

لا تبطل الإجارة لموت أحد المتعاقدين مع بقاء العين المستأجرة وإمكان استيفاء المنافع خلافاً لأبى حنيفة^(١)، لأنه عقد معاوضة فلم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين إذا لم يكن فيه تلف المنفعة أو تعذر استيفائها، أصله عقد البيع، ولأنه عقد معاوضة من مالك على منفعة ماله، فوجب ألا ينفسخ بموت المالك، أصله إذا روج أمته.

فصل

إذا اكترى داراً فله أن يسكنها بنفسه وله أن يكرئها من غيره لأن ملك منافعها ثابت له وليس بمستحق عليه فى استيفائها محل مخصوص، وله أن يكرئها بمثل الكراء أو أقل أو أكثر لأنه معاوضة على ملكه كبيع الأعيان، وله أن يكرئها من المالك خلافاً لأبى حنيفة^(٢) لأن كل مملوك جار أن يملك لغير من ملكه جار أن يملك لمن ملكه، أصله الأعيان.

(١) قال الموصلى: (فإن مات أحدهما وقد عقدها لنفسه انفسخت لأن الإجارة تنعقد شيئاً فشيئاً فلا تبقى بدون التعاقد وإن عقدها لغيره لم تنفسخ). الاختيار للموصلى (٧٧/٢) الهداية للمرغينانى (٣/٢٨٠).

(٢) انظر المدونة الكبرى (٣/٤٥١).

فصل

إذا اكرت دابة ليحمل عليها شيئاً فحمل عليها غيره فعطبت: فإن كان أضرب بها ضمن قيمتها وإن كان مثله أو دونه فلا ضمان عليه لأنه إذا كان أضرباً بها كان متعدياً بحملها عليها لأنه لا يملك ذلك ولا أذن له فيه صاحبها، ولا بد أن العوض عليه، فإذا كان مثله فهو كما لو تلفت فيما استأجرها له فلا يضمن وإن كان دونه كان أولى ألا يضمن لأنه بعض حقه، فإن سلمت فلربها أن يأخذه بما بين الأجرتين.

وإن اكرتها إلى مكان سار بها إلى غيره في قدر مسافته أو دونها وقدر مشقته فلا ضمان عليه، وإن تعدى بها إلى غير مثله في المسافة والمثل منه في المشقة أو مثله في المشقة وأبعد منه في المسافة، فإن تلفت ضمنها، وإن سلمت فلربها الكراء الأول وأخذه بكراء الزيادة أو إسلامها ويضمنه القيمة يوم التعدى.

وصورتها أن يكرت دابة من بغداد إلى الكوفة فيمتد بها إلى فيل^(١): فقد بينا أن لصاحبها الكراء من بغداد إلى الكوفة لأن المكرت قد استوفى المنفعة المعقودة عليها بالأجرة السمة فاستقر البدل عليه في ذمته وتعديه فيما بعد لا يقدح في ذلك الاستقرار، وبيننا أن صاحبها مخير فيما زاد على ذلك إن شاء أخذه بالكراء وإن شاء ضمنه القيمة.

وقال أبو حنيفة: لا كراء فيما زاد^(٢)، فدللنا أنه انتفع بملك غيره من غضب للعين فلزمه بدل ما انتفع به كغير المتعدى.

ودللنا على أن له تضمينه القيمة خلافاً للشافعي^(٣)، أنه متعدياً بالإمسك وجبها عن الأسواق، فتعلق عليها الضمان، فإذا ثبت هذا فعليه كراء المثل كالتعدى ابتداء لأن هذه المنفعة مستوفاة بغير عقد ولا شبهة عقد.

(١) فيل: كانت مدينة خوارزم يقال لها فيل قديماً ثم سميت المنصورة وهي الآن تدعى كركانج. معجم البلدان (٣٢٥/٤) دار الكتب العلمية.

(٢) انظر الهداية للمرغيناني (٢٦٦/٣)، الاختيار للموصلي (٦٦/٢).

(٣) قال الشيرازي: (وإن استأجر عيئاً لمنفعة فاستوفى أكثر منها فإن كانت زيادة تتميز بأن اكرت ظهر ليركبه إلى مكان تجاوزه لزمه المسمى لما عقد عليه وأجرة المثل لما زاد لأنه استوفى المعقود عليه فاستقر عليه المسمى واستوفى زيادة فلزمه ضمان مثلها. المهذب (٤٠٣/١)).

فصل

إذا اُكترى أرضاً ليزرعها حنطة فأراد أن يزرعها شعيراً أو ما ضرره مثل ضرر الحنطة أو دونه، فذلك له خلافاً لداود^(١)، لأن تعيين ما يزرع في الأرض هو كتقدير المنفعة لا لكونه شرطاً، بدليل أنه لو لم يزرعها مع التمكين منها للزمه الكراء، وإذا كان كذلك كان له أن يستوفي ذلك القدر من المنفعة من المذكور وغيره.

فصل

وليس له أن يزرعها ما ضرره أشد من ضرر الحنطة، فإن فعل فلربها كراء الحنطة وقيمة الإضرار بالزيادة خلافاً للشافعي في قوله: إنه يلزمه كراء المثل في الجميع^(٢)، لأنه تناول من المنفعة زيادة على القدر المعقود عليه فلزمه بقدر ما زاد، أصله إذا اُكترى جملاً ليسير عليه من بغداد إلى مكة فتعدى به إلى مصر.

فصل

يجوز أن يشترط الخيار في الإجارة سواء كانت معينة أو مضمونة، خلافاً لأصحاب الشافعي^(٣)، لأن المنافع أحد نوعي ما يقصد بالمعاوضات المحضة، فجاز اشتراط الاختيار فيه كالأعيان.

فصل

المركوب لا بد أن يعرف بتعيين أو وصف بالمشاهدة يشار إليه بأن يقال: أكرتلك هذه الدابة أو الناقة، والموصوف لا بد فيه من ذكر الجنس والنوع الذكورية والأنثوية لأن الأغراض تختلف باختلاف الأجناس لأن الجمل يقوى على الحمل أكثر من الدابة والحمار والغرض بها مختلف، وكذلك أنواعها لأن النجيب لا يصلح للحمل، وإنما يصلح للمركوب، وكذلك الذكر يكون أضعف من الأنثى فلا بد أن يبين.

(١) قال ابن قدامة: (قال دود وأهل الظاهر: لا يجوز له زرع غير ما عينه حتى لو وصف الحنطة

بأنها سمراء لم يجز له أن يزرع بيضاء لأنه عينه بالعقد فلم يجز العدول عنه كما لو عين

المركوب أو عين الدراهم في الثمن. المغنى (٦/٦٠).

(٢) روضة الطالبين (٥/٢١٧)، المهذب للشيرازي (١/٤٠٣).

(٣) انظر الحارثي الكبير (٧/٣٩٤).

فصل

لا يحتاج إلى وصف الراكب خلافاً للشافعي^(١)، لأن أجسام الناس متقاربة في العادة غير متفاوتة فلم يحتاج إلى رؤيته، فإن آتاه بفادح عظيم الخلق ليس هو الغالب فلا يلزمه.

فصل

الظاهر من مذاهب أصحابنا أن استيفاء المنافع لا يتعين في الإجارة، وأنه إن عين فذلك كالوصف لا يفسخ العقد بتلفه بخلاف العين المستأجرة إذا تلفت، وذلك كما يستأجر على رعاية غنم بأعيانها أو خياطة قميص بعينه فتهلك الغنم ويحترق الثوب فلا يفسخ العقد وعلى المستأجر أن يأتيه بغنم مثله ليرعاه أو قميص مثله ليخيطه، وقد قيل: إنها [يتعين]^(٢) بالتعيين فيفسخ العقد بتلف المحل المعين.

فوجه الأولى: أنه قد ثبت أن عقد الإجارة لازم من الطرفين وليس لأحدهما فسخه مع التمكين من استيفاء المنافع، فلو قلنا: إن محل الاستيفاء يتعين لحصل منه نقض الأصل لأن المستأجر يبيع الشيء المستأجر عليه فيفسخ العقد فيه باختياره، وذلك يتنفي اللزوم ولا يمكنه أن يأتي بمثله أو يمنعه من البيع والهبة ينقطع تصرفه في ملكه من غير تعلق حق لغيره فيه، ولأن محل الاستيفاء حق للمستأجر دون المؤاجر ولأن المستأجر عقد على منافع يستوفيها فيلزم المؤاجر أن يوفيه إياها وتعيين ما يستوفيها منه لا حق للمؤاجر فيه.

وجه الثاني: أن أحد المحلين في الإجارة يصح معه تعيينه كالأجير لأنه إذا استأجر دابة ليركبها فماتت الدابة انفسخ العقد ولم يلزمه أن يأتي ببدلها، كذلك إذا عين من يركبها والقميص الذي يخيط أو الغنم التي يرعاهما يجب أن يفسخ العقد بتلف ذلك كما يفسخ العقد بتلف بموت الراعي والدابة، ولأنه قد ثبت تعيين ذلك في الظئر إذا استؤجرت لرضاع الصبي والطبيب لعلاج المريض أو لقلع الضرس إذا برأ أو مات

(١) قال النووي: (يشترط أن يعرف المؤجر الراكب وطريق معرفته المشاهدة كذا قاله الجمهور، والاصح: أن الوصف التام يكفي عنها ثم قيل: يصفه بالورن وقيل بالضخامة والتحافة ليعرف وزنه تخميناً). روضة الطالبين (٢٠١/٥).

(٢) ثبت في (ب) (تتغير بالتعير).

الصبي، وكذلك فى سائر ما يستأجر عليه.

فصل

إذا استوفيت المنافع فى الإجارة الفاسدة لزم بها أجرة المثل كالمبيع بيعاً فاسداً إذا فات أنه يلزم بالقيمة دون الثمن لأن الأجرة ثمن للمنافع كما أن الأثمان فى البياعات أعواض عن الأعيان، فإذا قبض العين المستأجرة فى الإجارة الفاسدة فعليه أجرة المثل سواء استعملها أو لم يستعملها خلافاً لأبى حنيفة فى قوله: إنه لا أجرة عليه إذا لم يستعملها^(١)، لأنها عين قبضت على وجه الإجارة فكان تلف المنفعة فيها مضموناً بالتبديل، أصله الإجارة الصحيحة، وإن تلف المنافع فى العين المقبوضة على وجه الإجارة الصحيحة يوجب بدلها على من تلفت فى قبضه، أصله إذا استوفاه بنفسه.

فصل

لا يجوز أن تكون الأجرة فى الإجارة مجهولة ولا غرر لأنها عوض فى عقد معاوضة محضة كالثمن فى البيع.

ولا يجوز أن يستأجر ناسجاً لينسج له غزلاً بنصف الثوب ولا بقيمته لأن الثوب الذى يخرج مجهول الصفة، ولأن نصف الغزل الذى استأجره به لا يسلمه إليه إلا بعد مدة وهى حصول النسج.

ولا يجوز فى المبيع بعينه اشتراط الأجل فى تسليمه إذا خيف منه الغرر وكذلك القيمة المجهولة لا يدرى كم يكون مقدارها، ويجوز أن يستأجره على عمل نصف الغزل بالنصف الآخر لأنه معلوم لا غرر فيه ولا جهالة، ومتى وقع العقد على الوجه الأول ونسج الثوب فجميعه لصاحب الغزل وللصانع أجرة المثل، ومثل ذلك أن يكرى دابته أو غلامه من رجل بنصف الكسب لأنه عوض مجهول فإن وقع: فلصاحب الدابة أو الغلام أجرة بالمثل، وجميع الكسب للمستأجر.

ولو قال له: اعمل على دابتي ولك النصف من الكسب لكان العقد فاسداً للجهل بمقدار الكسب لكنه إن وقع كان الكسب كله لصاحب الدابة [وللأجير]^(٢) أجرة المثل

(١) قال الموصلى: (وإذا فسدت الإجارة يجب أجر المثل لأن التسمية إنما تجب بالعقود الصحيحة أما الفاسدة فتجب فيها قيمة العقود عليه كما فى البيع) الاختيار (٧٧/٢) الهداية (٢٦٨/٣).

(٢) سقطت من (١).

بخلاف الأولى لأن الإجارة فى المسألة الأولى وقعت على الدابة والأجر كان مجتبياً للكسب، وفى مسألتنا وقعت الإجارة على الرجل واجتبى الكسب من قبل الدابة، فمن وقع عليه عقد [الإجارة]^(١) لم يكن له من الكسب شىء.

فصل

يجوز أن يكترى الرجل الدابة إلى مكان معلوم بأجرة معلومة: فإن وجد حاجته دون ذلك فحسابه من الأجرة لأنه يكون كأنه قال له: أكرىك من هذا الطريق كل بريد^(٢) بدينار، ويجوز ذلك على ما قدمناه من قوله: أجرتك هذه الدار من حساب كل شهر بدينار، ويكون ذكر الفراسخ والمسافة لتتقدر الأجرة به.

فصل

إجارة المشاع جائزة من الشريك وغيره، خلافاً لأبى حنيفة فى قوله: إنه لا تجوز إلا من الشريك^(٣)، لأن كل معاوضة جاز أن يعاوض عليها الشريك جاز أن يعاوض عليها الأجنبى، أصله البيع، ولأنه عقد إجارة على ملك له معروف يمكن تسليمه إلى المستأجر فجاز ذلك اعتباراً بالمجوز.

فصل

يجوز أن يستأجر داراً بسكنى دار أخرى خلافاً لأبى حنيفة فى قوله: إن المنافع لا تكون أجرة للمنافع إلا أن يكون من جهة أخرى^(٤)، لأنهما منفعتان يجوز عقد الإجارة على كل واحد منهما فى الانفرد، فجاز أن يعقد على إحدهما بالأخرى كما لو كانا من جنسين.

(١) سقطت من (ب).

(٢) البريد: المرتب والرسول، أو فرسخان أو اثنا عشر ميلاً أو ما بين المنزلتين. القاموس المحيط (٢٧٧/١).

(٣) قال المرغينانى: (ولا يجوز إجارة المشاع عند أبى حنيفة رحمه الله إلا من الشريك وقال إجارة المشاع جائزة) الهداية (٣/٢٧٠).

(٤) قال الموصلى: (والمنفعة تصلح أجرة فى الإجارة إذا اختلف جنسهما لأن الثمن يملك بنفس المنفعة، والمنفعة لا يمكن تمليكها بنفس العقد). الاختيار للموصلى (٢/٦٤).

فصل

يجوز أن يستأجر الظئر^(١)، وكل أجير بطعامه وكسوته ويكون له ما يكون مثله من الوسط خلافاً للشافعي ففى منعه ذلك فى كل أجير^(٢)، ولأبى حنيفة فى منعه ذلك فى كل أجير عدا الظئر^(٣).

فدلينا^(٤) أن الأعواض فى المنافع يقوم العرف فيها مقام الشرط والاسم كنفقة الزوجة، وصفة ركوب الراكب فى الإجارة، ولأنه لما جاز أن تكون النفقة مجهولة وترجع إلى الوسط ويتبع فى معرفتها العرف كذلك فى الإجارة، وعلى أبى حنيفة، لأنه عقد إجارة فصح بالطعام والكسوة اعتباراً بالرضاع.

فصل

إذا اكترى دابة ولم يسم ما يحمل عليها، فالكراء فاسد، لأن المنفعة المستأجر عليها مجهولة فيكون غرراً لأن الأشياء المحمولة تختلف فى الإضرار بالدابة لأن حمل القطن والثياب أقل إضراراً من حمل الصخر والحديد، والأجرة مختلفة متفاوتة، وكذلك كراء الركوب بخلاف كراء الحمل، فإذا لم تكن المنفعة المكترى لها معلومة لم يصح.

فصل

إذا اكترى أرضاً ليغرس فيها فانقضت مدة الإجارة: فإن صاحبها مخير بين أن يأخذ المستأجر بالقلع ولا شئ عليه من أجرة القلع، أو يعطيه قيمة الغراس مقلوعاً أو يبقيه فى الأرض ويكونا شريكين، خلافاً للشافعي فى قوله: إنه ليس له أن يطالبه بقلع الغراس إلا بعد أن يعطيه أرش القلع^(٥)، لأن الإجارة تقضى تسليم الأرض بعد انقضاء المدة فارغة من تعلق حق للمستأجر لها ويقل ما شغلها به، أصله إذا كان له فيها متاع أو طعام، فإنه يؤمر بقلعه، ولأن فائدة حصر العقد بالمدة تقدير المنفعة المستوفاة بها

(١) الظئر بالكسر العاطفة على ولد غيرها المرضعة له فى الناس). القاموس المحيط (٢/ ٨٠).

(٢) قال النووي: (ولو استأجره بنفقته أو كسوته فسد) روضة الطالبين (٥/ ١٧٤)، الحاوى الكبير للماوردي (٧/ ٣٩٢).

(٣) الهداية للمغنيانى. (٣/ ٢٧٠)، الاختيار للموصلى (٢/ ٧٤).

(٤) يقصد به الدليل على الشافعي.

(٥) المهذب للشيرازي (١/ ٤٠٤).

وانقطاعها فيما بعدها، وفي تبقيّة الغراس بعد المدة إبطال لفائدة التحديد والتقدير وخلافاً لموجب العقد.

فصل

يجوز أن يؤجر الرجل فحله من إبله أو بقره أو غيرها على أن يتزوا^(١) أكواماً معلومة خلافاً لأبى حنيفة^(٢) والشافعي^(٣)، لأنه نوع من المنفعة كالركوب لأن كل منفعة ملك إباحتها للعين بغير عوض وملك منعه إياها، فإن المعاوضة جائزة عليها كالحمل، ولأن ذلك بمنزلة أن يستأجر رجلاً يلقي له نخله فيقول: لأنه فعل يراد لحمل أنثى ينتفع به تجوز إباحته بغير عوض، فجاز بعوض أصل التلقيح.

فصل

لا يجوز للرجل أن يستأجر الرجل الأجير شهراً بدينار على أن يعطيه الأجير كل يوم درهماً أو أقل أو أكثر لأن ذلك فضة بذهب متأخرة، ولأنه عمل وفضة بذهب.

فصل

يجوز أن يكرى داره في رمضان لدى القعدة، فتكون هذه الإجارة بعد العقد بشهر أو ما يقاربه خلافاً للشافعي في قوله: لا يجوز إلا أن تكون المدة عقيب العقد بلا فصل^(٤)، لأن الإجارة عقد على ما لم يخلق من المنافع، فجاز أن يتأخر شرط المدة واستيفائها ما لم يعد ذلك بتعذر قبضها عند الحاجة، ولأنه لو عقد على هذه الدار شهراً أو على شهر بعده لجاز كذلك في مسألتنا لأنه قد حصل العقد للشهر الثاني قبل مضي الأول، فلا فرق بين أن يكون الأول داخل في العقد أو خارجاً عنه.

(١) النزو أي: الوثب يقال نزا نزواً أي وثب وثوباً. القاموس المحيط (٤/٣٩٥).

(٢) قال الموصلي: (ولا تجوز الإجارة على عصب التيس لنهي ﷺ عن ذلك وهو أن يستأجر التيس ليتزو على غنمه ويدخل فيه كل فحل كالحصان وغيرهما أما النزو بغير أجر فلا بأس به وأخذ الأجرة عليه حرام) الاختيار (٢/٧٥).

(٣) انظر روضة الطالبين (٣/٣٩٨).

(٤) قال النووي: (أما إجارة العين فلا يصح إيرادها على المستقبل كأجارة الدار السنة المقبلة والشهر الآتي) روضة الطالبين (٥/١٨٢).

فصل

يجوز للمؤاجر أن يبيع العين المستأجرة من المستأجر وغيره إن بقى من مدة الإجارة ما لا يكون غرراً يخاف تغيرها فى مثله، خلافاً لأبى حنيفة^(١) وأحد قولى الشافعى^(٢)، لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ولأنه ليس فى بيعها إبطال حق المستأجر لأن المشتري إنما يسلمها بعد انقضاء مدة الإجارة فكل تصرف لا يبطل حق المستأجر لا يمنع، أصله إذا باعها منه، ولأنه عقد على منفعة فلم يمنع العقد على الرقبة، أصله إذا باع أمة قد روجها.

فصل

تجوز إجارة الدور وسائر العقار أكثر من سنة، وقال الشافعى فى أحد قوليه: لا يجوز^(٣)، فدللنا أنها مدة تبقى المنافع إليها ويمكن استيفاؤها كالسنة. إذا استأجرها عشر سنين بأجرة معلومة لجملة المدة جاز ولم يلزم أن يعين ما لكل سنة خلافاً للشافعى^(٤)، لأنها مدة تجوز الإجارة إليها فوجب أن يكون ذكر الأجرة لجملتها مغنياً عن ذكر ما يقابل تفصيلها، أصله السنة والشهر.

فصل

ومن استؤجر لحمل ما سوى الطعام فادعى تلفه أو كسره فلا ضمان عليه، لأن الأجير مؤتمن كالوكيل والرسول، فإن استؤجر على حمل طعام ضمن إن ادعى تلفه، خلافاً لمن منع ذلك، لأن العادة جارية بأن الأكرىء يتسرعون إلى أكل الطعام الذى فى أيديهم لدناءة نفوسهم، ويحملون على أن نفوس الناس وأهل المروءات والأقارب يأثفون من أن يطلبوهم بمثله من المأكولات لا سيما العرب مع كرمهم وعزة نفوسها واعتيادها بذله والسماحة به، وفى ذلك إضرار بالناس وليس كذلك العروض وغيرها لأنه لا يقبح فى العادة المطالبة بها، وإن قل ما يستأجر على حمله منها، ولا جرت عادة الأكرىء

(١) انظر بدائع الصنائع للكاسانى. (٢٠٧/٤).

(٢) روضة الطالبين (٢٥٢/٥)، المهلب (٤٠٧/١).

(٣) روضة الطالبين (١٨٢/٥)، الخاوى الكبير للماوردي (٤٠٦/٧).

(٤) روضة الطالبين (١٨٢/٥)، الخاوى الكبير (٤٠٧/٧).

بالسرع إلى تناولها كما جرت عادتهم بذلك فى الطعام، ولأن بالحجار يتنافس فى الطعام لضيق العيش هناك وشدة الحاجة إليه فلو لم يضمن الأكرىاء لتسرعوا إلى تناوله ولحق الناس الضرر، إذا استؤجر على حمل شىء فتلف منه من غير تعد ولا تفريط فلا ضمان عليه لأننا قد بينا أنه مؤتمن فلا يضمن إلا بالتعدى والتقصير فى ترك [التحفظ]^(١).

فصل

إذا ضرب الدابة أو ساقها بالعصى على عادة الناس من غير خرق فعطبت لم يضمن خلافاً لأبى حنيفة^(٢)، لأن العرف جار به بأنه لا بد للدابة من سوق ورجر على السير، والضرب بالمعروف على قدر الحاجة، فكان هذا القدر مأذوناً فيه فلم يضمن ما حدث عنه.

فصل

إذا استأجر سفينة لحمل طعام ففرقت فلا ضمان عليه خلافاً لأبى حنيفة^(٣) لأن الملاح لم يتعد فأشبهه أن تغرق بالموج والريح، وقياساً عليه إذا كان صاحبه معه.

فصل

واختلف فى كرائه فقييل: لا شىء له، وقيل: له من الأجرة بقدر ما مضى من المسافة، فوجه الأول أن العرف جار فى مثل ذلك بأنه على البلاغ لأنه جار مجرى الجعل: كأنه يقول: إذا بلغت بالطعام إلى موضع كذا وكذا فهذا الأجرة لك، فإذا لم يحصل الفرض لم يستحق شيئاً، ووجه الآخر: أنه إجارة وليس بجعل لأن العمل والأجرة مقدران، فكان له من الأجرة بحساب ما مضى كسائر الإجازات.

فصل

إذا اكترى إبلاً إلى الحج، فأخلفه الجمال: فإن المكترى يأتى الإمام ويقيم عنده البيعة فإن كان الجمال له مال تكارى له الإمام عليه لأن القضاء على الغائب واجب إلا التمس ذلك صاحب الحق، وإذا لم يكن للجمال مال لم يتكارى عليه لأنه لا يحصل لمن

(١) ثبت فى (١). (الحفظ).

(٢) الاختيار للموصلى: (٦٦/٢). الهداية للمرغينانى (٢٦٦/٣).

(٣) انظر الهداية للمرغينانى (٢٧٤/٣).

يتكاري منه عوض ما يكتري منه، فإن كان المكترى هو الذى هرب فالجمال أيضاً يقيم البيئة ويكرى الإمام مكانه رجلاً إن كان اكترى للركوب أو حمولة، مثله إن كان اكترى للحمل بسعر الوقت يوم الحكم ويكون على الهارب ضمان نقصان إن كان فى الكراء وله زيادة إن حصلت ويدفع الأجرة إلى الجمال، فإن تعذر ذلك إلى فوات الحج فقد انفسخ العقد لأن الإجارة هاهنا متعلقة بزمان، والمنافع المختصة بالأزمان لا يصح فيها القضاء، والشراد واجب بينهما والكراء فى غير الحج بخلاف ذلك لأن العادة لا تخصه بزمان فلا ينفسخ العقد، وتكون الحمولة له أى وقت وجده.

فصل

لا يضمن الراعى ما هلك من الغنم لأنه أمين كالوكيل، فإذا ذبح شاة وادعى أنه خاف عليها الموت ففيها روايتان: إحداهما وجوب الضمان، الأخرى نفيه^(١) فوجه الوجوب: أنه متعمد بذبحها لأنه لم يؤمر [بذلك]، وإنما هو مؤتمن فيما أذن له فيه لا فى غيره، ووجه النفي فلأن التهمة رائلة عنه فى العادة، والعرف يشهد أن فى فعله مصلحة فلم يضمن.

فصل

لا ضمان على صاحب الحمام لأنه لم يسلم إليه ما يلزم فيه ضمان، وإن كانت الثياب سلمت إليه فلا ضمان عليه لأنه أمين كالمدود إذ قبضه للثياب لمنفعة ربها دون منفعة نفسه.

فصل

من استعار عبداً بغير إذن سيده أو صغيراً بغير إذن وليه فى شىء فتلّف فيه فينظر، فإن كان مما يتلف فى مثله ولا يلحق ضرر بالاستعانة فيه فلا يضمن ما كان عنه مثل أن يقول: ناولنى هذه المروحة أو هذه الخرقه أو ما أشبه ذلك لأن ضرورة العادة قاضية بأن مثل هذا لا يكون منه تلف وأن الناس يتسامحون به فيما بينهم فلا ضمان فيه إن كان عنه تلف ولا أجرة فيه مع السلامة، وإن كان الشىء المستعان فيه مما له بال وخطر وتطلب الأجرة فى مثله فهو متعد بذلك، ولولى الصغير وسيد العبد مطالبتة بالأجرة إن

(١) انظر المدونة الكبرى (٤٠٩/٣).

سلم لأنه استوفى منافع لها قيمة بنغير إذن من إليه الإذن فيها، فكان ضامناً للبلد فيها بتعديده، وإن كان عن ذلك تلف ضمن دية الحر وقيمة العبد لأنه سبب تلفهما باستعمالهما على وجه التعدى.

فصل

الصناع المؤثرون بصنائعهم فى الأعيان: كالقصارين والصباغين والصاغة وغيرهم ضامنون بما أسلم إليهم مما يستأجرون على عمله إذا غابوا عليه، ولا يقبل قولهم فى تلفه، فإن قامت لهم بينة به سقط الضمان عنهم عند مالك وابن القاسم ولا يسقط عند أشهب وسواء عملوا بأجر أو بنغير أجر ولا يضمنون ما لم يقبضوه ويحملوه إلى منازلهم، وإذا سقط الضمان عنهم، ففى وجوب الأجرة لهم خلاف: قال ابن القاسم: ليس لهم أجرة، وقال ابن الموار: تكون لهم الأجرة^(١).

فصل

وإنما قلنا: إن الصناع فى الجملة يضمنون خلافاً لأبى حنيفة^(٢) والشافعى^(٣) فى تفريقه بين الخاص^(٤) والمشارك^(٥)، لأن ذلك إجماع الصحابة، وروى عن عمر وعلى وقال على: لا يصلح الناس إلا ذلك^(٦).

ولأن فى ذلك مصلحة ونظر للصناع وأرباب السلع، وفى تركه ذريعة إلى إتلاف الأموال وذلك أن بالناس ضرورة إلى الصناع إذ ليس كل أحد يحسن أن يخطط ثوبه أو يقصره أو يطرزه، فلو قبلنا قولهم فى الإتلاف مع علمهم بضرورة الناس إليهم لتسرعوا إلى ادعائه ولأجبروا على الناس وللحق أرباب السلع أشد ضرر، فكان الحظ للجميع دفعها على التضمنين، ولأنه قبض العين لنفع نفسه من غير استحقاق للأجر بعقد متقدم

(١) انظر الكافى لابن عبد البر. (٢/٧٥٧).

(٢) انظر الهداية للمرغينانى (٣/٢٧٤)، الاختيار للموصلى (٢/٦٧).

(٣) الحاوى الكبير للماوردى (٧/٤٢٥).

(٤) قال المرغينانى: (الأجير الخاص الذى يستحق الأجرة بتسليم نفسه فى المدة وإن لم يعمل كمن استأجر شهراً للخدمة أو لرعى الغنم). الهداية للمرغينانى (٣/٢٧٥).

(٥) قال الماوردى: (أما الأجير المشترك فهو الذى يكون عمله فى يد نفسه لمستأجره مع عمله لمستأجر آخر كالقصابين والخياطين فى حوانيتهم) الحاوى الكبير للماوردى (٧/٤٢٥).

(٦) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٦/٢٠٢) (باب ما جاء فى تضمين الأجراء).

فلم يقبل قوله فى تلفها كالمقترض والمستعير .

وإنما شرطنا فى ذلك أن يتسلموه ويغيبوا عليه لأنهم إنما يضمنون بالقبض ، فإذا لم يسلم إليهم وكانوا فى منازل أرباب السلع أو كان أرباب السلع معهم ، فلم ينفردوا بقبض يتهمون فيه بادعاء التلف فلا وجه للتضمنين مع عدم موجبة .

فصل

ووجه إسقاط الضمان عنهم فيما يعلم بالبيئة صدقهم فيه أنه أجبر ثبت هلاك ما دفع إليه من غير تفريط فأشبهه الخاص ، ولأن التهمة رائلة مع قيام البيئة .

ووجه إيجابه عليهم : أن أصل قبضهم هو على الضمان فلم يسقط عنهم حسماً للباب لأن ما طريقة المصلحة^(١) وقطع الذريعة^(٢) لا يتخصص بالأعيان كمنع قبول شهادة الأب لابنه .

وإنما لم نفرق بين ما عملوه بأجر أو بغير أجر خلافاً لأبى حنيفة^(٣) لأن تركه الأجر لا يخرج عن سنة الصانع فى الضمان كما لو عملوه بأجر ثم وهبه له ، ولأنه صانع قبض السلعة ولم تتم له بيئة على تلفها كما لو عملها بأجر .

فصل

ووجه سقوط الأجرة فيما علم هلاكه بغير صنعتهم أن المالك لم يسلم له غرضه الذى تلزمه الأجرة فى مقابلته فأشبهه أن يهلك بتفريط من الصانع ، ولأن الإجارة بيع

(١) المصلحة لغة: الصلاح وهو ضد الفساد. انظر القاموس المحيط (١/٢٣٣). لسان العرب (٣/٣٤٨).

وأما عرفاً: فهو السبب المؤدى إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة. واصطلاحاً: قال حجة الدين الغزالى: مرادنا بالمصلحة المحافظة على مقصود الشارع. انظر المستصفى (١/٢٨٦ - ٢٨٧). وقال الخوارزمى: هى المحافظة على مقصود الشارع بدفع المفسد عن الخلق. انظر إرشاد الفحول (ص/٢١٣).

(٢) قال سلطان العلماء: إذا اجتمعت مصالح ومفاسد فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلى ذلك امتثالاً لأمره تعالى فى قوله: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾، وإن تعذر الدرء والتحصيل فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبألى بفوات المصلحة. انظر قواعد الأحكام فى مصالح الأثام (١/٩٨).

(٣) انظر الهداية للمرغينانى (٣/٢٧٤).

منافع الأعيان، ولو تلف المبيع الذى يتعلق له حق توفية قبل تسليمه إلى المشتري لم يلزمه ثمنه كذلك فى مسألتنا.

وروجه لإيجابها أنه أجبر وفى عمله فسقط ضمانه فكان له الأجر، أصله الخاص ولأن الأجرة فى مقابلة العمل دون سلامة السلعة فإذا حصل العلم وجب استحقاق الأجرة، أصله إذا حصلت عنده.

فصل

إذا اختلف الصانع ورب السلعة فى العمل: فقال الصانع: أمرتنى بكذا مثل الخياط يقول: أمرتنى بقطع الثوب قميصاً، ويقول ربه: بل قباء^(١)، فالقول قول الخياط إذا أتى بما يشبهه خلافاً لأبى حنيفة^(٢) والشافعى^(٣)، لأن اليمين يتوجه على أقوى المتداعين سبباً والخياط أقوى سبباً لأنه مأذون له فى التصرف ومؤتمن عليه، فكان القول قوله مع يمينه، ولأن الظاهر معه لأنهم إنما يعملون الصنعة على أمر رب المال ويستحقون العوض فى مقابلتها وبإزاء إمكان الغلط عليهم وادعائهم ذلك على أرباب السلعة [لثلاث تفوتهم الأجرة، [ولأن] أرباب السلع^(٤) محبتهم ألا يصل إلى الصانع أجرة فيسقط الاحتمالان ويبقى الظاهر.

(١) القباء ممدود وقال بعضهم: فارسى معرب. وقال صاحب (المطالع) هو من قبوت إذا ضمنت وهو ثوب ضيق من ثياب العجم. المطلع (ص/١٧٢).

(٢) قال الموصلى: (ولو قال: أمرتك تخيطه قباء وقال الخياط قميصاً فالقول لصاحب الثوب فإذا حلف فالخياط ضامن) الاختيار (٧٦/٢).

(٣) روضة الطالبين (٢٣٦/٥).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

باب

الأصل فى جوارز الجعل^(١) قوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف: ٧٢]، وقوله ﷺ للذى رقى فأخذ عليه جعلاً من أكل يرقيه باطل: «فلقد [أكلنا]^(٢) برقيه حق»^(٣)، وكان الجعالة كانت قبل الإسلام وأقرها النبي ﷺ ولم ينكرها ولا نهى عنها.

فصل

وصفة الجعل: أن تكون الأجرة مقدرة والعمل غير مقدر، فمتى قدر العمل لم يكن جعلاً وصار إجارة، ولم يجز إلا فيما لا يتقدر من الأعمال، وصفته فيما لا يتقدر أن يجعل جعلاً فى المجيء بعبده الأبق وبغيره الشارد: فإن جاء به استحق الجعل المقدر له وإن لم يأت به فلا شيء له، ولا يجوز ضرب أجل فى ذلك لأنه يخرج عن بابه [لأن وقت إصابته غير معلوم ولا يدرى هل يكون أم لا]^(٤).

فصل

الجعل جائز وليس بلارم إلا أن يشرع المجعل له فى العمل فيلزم^(٥)، وذلك لأن العمل جار فالجوارز فيه دون اللزوم فلم يجز إخراجه عن بابه، وإذا شرع فى العمل فقد حصل أخذ الطرفين فلا يجوز إبطاله، وإنما يجوز عندنا فى الشيء الخفيف الذى لا خطر له أو ما لا ينحصر بأجرة، فأما ما يمكن أن يعقد عليه إجارة فيه أولى لأنها أبعد عن الغرر، ولأن العقد ينحصر من الطرفين فكان أولى.

(١) الجعالة فى اللغة: ما جعله له على عمله وبالفتح الرشوة. انظر لسان العرب. (١/٦٣٧) مادة جعل. ط دار المعارف.

وفى الاصطلاح: (عقد معاوضة على عمل آدمى بعوض غير ناشئ عن محله به لا يجب إلا بتمامه) شرح حدود ابن عرفة (٢/٥٢٩).

(٢) ثبت فى بعض النسخ (أكلنا) وما أثبتناه من (ب) وثبتنا من مصدر الحديث.

(٣) أخرجه أبو داود: الطب (٤/١٣) ح (٣٩٠١)، وأحمد: المسند (٥/٢٥٠) ح (٢١٨٩٥).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ل).

(٥) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٧٥٩).

فصل

لا يجوز أن تكون الأجرة في الجعل مجهولة^(١) لأنه غرر، ولأن الجهل يدخل العقد من الطرفين، ولأن الجهل في العمل إنما يجوز للضرورة إليه لأنه لا يمكن حصره ولا ضرورة إلى ذلك في الجعل، فمن ذلك أن يجعل لمن جاء بعده الآبق أو جملة الشارد نصفه لا يجوز لأنه لا يعرف صفته وقت المجيء به.

يجوز حصاد الزرع وجذاذ الثمر بنصفه لأنه معلوم، وإن قال: أحصده فما حصدت من شيء فلك نصفه أو ثلثه، فجائز أيضًا لأنه معلوم، ولأن كل جزئين من الزرع مستحق بإزائها جزء منه، فإن قيد ذلك بزمان بعينه مثل أن يقول: أحصد زرعى هذا اليوم، فما حصد منه فلك نصفه: فقليل: لا يجوز لأن قدر ما يحصد في اليوم غير معلوم، وقيل: يجوز لأن الأجرة في الجملة مقدرة.

فأما نفص الزيتون بنصف ما يسقط منه: فإن أراد تحريك الشجرة وله نصف ما يسقط فذلك مجهول، وإن أراد الجميع جاز.

فصل

من جاء بآبق أو شارد ابتداء ثم طلب الأجر: فإن كان ذلك شأنه وعادته ويعلم أنه يتكسب به فله أجرة مثله بقدر تعبهِ وسفره وتكلف طلبه، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي^(٢) في قولهما: إنه متطوع لا شيء له، لأن منافعه فيما لو أضاعه ربه لعدَّ سفهاً منه يوجب له الأجر عليها، أصله لو سقط من موضع عال أو وقع في بئر فأخرجه، فأثبت ذلك فله أجر مثله لأنه ليس هناك مسمى، فإن أبى صاحب العبد أن يدفع إليه خلا بينه وبين العبد لأن امتناعه من ذلك رضا بإسلام العبد، وإن علم أن ذلك ليس من شأنه وعادته أنه يرتفع عن مثله وإنما فعله على وجه الحسبة واكتساب المودة فليس له أجرة إن طلبها لأن دعواه لذلك ينافي ظاهر حاله، فكأنه ندم فاستدرك ندمه فلا يستحق شيئاً.

(١) انظر المدونة الكبرى (٣/ ٤٢٠)، الكافي لابن عبد البر (٢/ ٧٥٩).

(٢) قال الشيرازي: (لأنه بذل منفعة من غير عوض فلم يستحق العوض فإن عمل بإذنه ولم يشترط له الجعل). المهذب للشيرازي (١/ ٤١١)، روضة الطالبين (٥/ ٢٦٨).

فصل

تجوز مشاركة المعلم على تعليم الصبي القرآن على الحذاق، ومشاركة الطبيب على برؤ العليل لأن الضرورة تدعو إلى ذلك فجُوز لأجلها إذا كان مقامه فى التعليم غير معلوم وبرء العليل غير معروف المدة.

فصل

[يجوز]^(١) الجعل على استخراج المياه فى الآبار والعين على صفة معلومة، ومعرفة بعد الأرض وقربها وشدتها وليتها، فإن لم يعرف ذلك لم يجز لأنها معاوضة على عمل مجهول لا تدعو ضرورة إليه، وإن لم يأت الماء فلا شيء له إلا أن يكون رب [الدار]^(٢) قد انتفع بشيء من عمله فتكون له الأجرة بقدره.

[تم البيع والحمد لله رب العالمين]^(٣)

* * *

(١) سقطت من (أ).

(٢) سقطت من (ب).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

١٦ كتاب القراض^(١)

لا خلاف بين الأمة في جواز القراض في الجملة^(٢)، وإن اختلفوا في كثير من أحكامه، وروى عن عمر رضى الله عنه وعثمان وعلى^(٣) وكثير من الصدر الأول، ولأن الضرورة داعية إليه لأن بالناس حاجة إلى التصرف في أموالهم وتنميتها والتجارة فيها وليس كل أحد يقدر على ذلك بنفسه فدعت الضرورة إلى استنابة غيره.

وإنما لم يدخل في ذلك من يدخل فيه بأجرة معلومة لأن العادة جارية من عهد الجاهلية إلى هذا الوقت بأن يعمل العامل في القراض بجزء من الربح فلما كان الأمر كذلك وجبت الرخصة فيه على نحو ما رخص في المساقاة والأصل في البابين متقارب.

مسألة

وصفة القراض: أن يدفع الرجل مالاً إلى غيره ليتجر فيه ويشتري ويبيع ويتغى من فضل الله تعالى ويكون الربح بينهما على جزء يتفقان عليه من قليل أو كثير على ما نبيته.

فصل

ولا يجوز القراض إلا بالدرهم والدنانير^(٤) لأنهما أصول الأثمان التي تتمول ويفزع

(١) القراض في اللغة: من القرض وهو القطع سمي بذلك لأن المالك قطع قطعة من ماله لمن يعمل فيه بجزء من الربح وأهل العراق يسمونه مضاربة. الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٥١٧/٣).

وفي الاصطلاح: (تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ الإجارة) شرح حدود ابن عرفة (٥٠٠/٢).

(٢) انظر الإجماع لابن المنذر (ص/٩٨)، إلمنى لابن قدامة (١٣٥/٥).

(٣) أخرجه مالك في الموطأ: البيوع (٦٨٧/٢) ح (١).

(٤) انظر بلغة السالك لأقرب المسالك (٨٠/٣)، الكافي لابن عبد البر (٧٧٢/٢).

إليها فى التعامل والبيع والشراء وقيم المتلفات، وعنه فى جوازه بالتبر والتقار روايتان^(١) : وابن القاسم يحمل المنع على الكراهية ويقول: إن نزل أمضيته.

فوجه الجواز أنه عين مال ذهب أو فضة لم يخرج عن حكم التعامل به كالمضروب، ولأنه ليس فى كونه نقاراً أكثر من عدم الضرب، والسكة لا تأثير لها فى الجواز ولا فى المنع بدليل أن كل حكم تعلق بالذهب والفضة إذا كانا مسكوكين تعلق بهما إذا كانا تبرين من منع التفاضل ومنع الافتراق فى الصرف قبل القبض وغير ذلك، ولا يلزم عليه جواز بيع النقار جزأً ومنعه فى المضروب لأن ذلك لمعنى يرجع إلى الغرر وكثرته فى المسكوك.

ووجه المنع أنها ليست بأثمان على ما هى عليه وإنما يصير أثماناً متعاملاً بها بعلاج وصنعة، فإذا لم تصر أثماناً فهى فى حكم العروض، ولأن العامل يحتاج إلى بيعها لتصير أثماناً، ولولا عقد القراض لم [يفعل]^(٢) ذلك ولا يخلو أن يكون بأجرة أو بغير أجرة، فإن كان بغير أجرة كان ذلك زيادة أرادها رب المال عليه وذلك غير جائز لأن موضوعه على التساوى، وإن كان بأجرة حصل منه قراض وعقد إجارة، والقراض وما جرى مجراه من العقود الخارجة عن أصولها لا ينضم إليها غيرها.

فصل

ولا يجوز القراض بشيء من العروض والحيوان وما عدا الذهب والفضة خلافاً لابن أبى ليلى^(٣)، لأن القراض عقد خارج عن الأصول لأن الغرر يدخله من وجوه كثيرة منها: أنه إجارة مجهولة وأن العامل لا يدرى هل يكون فى المال ربح أو خسران إلا أنه جور للضرورة، فوجب أن يجوز منه قدر ما جوزه الشرع فقط، ولأن رأس المال لا بد من معرفته فلا يخلو أن يكون هو نفس العرض أو قيمته: فإن كان نفس العرض فالغرر يعظم والمقصود من الربح لا يحصل لأن العامل يأخذ السلعة وقيمتها ألف فيردها وهى تساوى خمسة آلاف وفى ذلك تلف أجرته وإلحاق الضرر به وقد يأخذها تساوى ألفاً فيردها تساوى مائة وفى ذلك تلف رأس المال، وإن جعل رأس المال قيمة السلعة بطل

(١) حكاهما ابن عبد البر فى الكافى (٢/٧٧١-٧٧٢).

(٢) ثبت فى (ب) (لم يضر).

(٣) وبه قال طائفة والأوزاعى وحماد بن أبى سليمان؛ لأن مقصود الشركة جور تصرفهما فى المالين جميعاً. المغنى (٥/١٢٥).

لأمرين: أحدهما أن رب السلعة شرط على العامل العمل بها إلى أن يبيعها، وهذه زيادة منه عليه، وذلك غير جائز، والآخر أنه لا يخلو الاعتبار أن يكون بقيمتها وقت العقد أو وقت [المعاملة]^(١)، وأى ذلك كان ففيه ما يؤدي إلى إتلاف المال وذهاب عمل العامل وكل ذلك إضرار وغرر، فإن نزل فسخ مالم يعمل، فإن لم يفسخ حتى عمل فللعامل أجره المثل في بيع العرض، وقد اختلف قوله فيما يجب له في القراض الفاسد ونحن نذكره فيما بعد إن شاء الله.

فصل

القراض عقد أمانة: فإن كان هناك ربح اقتسماه على شرطهما، فإن لم يكن ربح ولا ضيعة ونقض^(٢) رأس المال وأراد العامل أو رب المال فسخ العقد، فذلك له، وكذلك لو أراد قبل العمل لأنه عقد جائز وليس بلازم إلا أن يشرع العامل في العمل، فلا يكون لأحدهما فسخه إلا برضاء الآخر لتعلق حق كل واحد منهما به، وإن كان فيه ضيعة فمن مال رب المال إلا أن يكون بتعد من العامل فيلزمه بتعديده، فإن شرط رب المال على العامل ضمان الخسران كان العقد فاسداً خلافاً لأبى حنيفة في قوله: إن القراض صحيح والشرط باطل^(٣)، لأن أصل القراض موضوع على الأمانة، فإذا شرط فيه الضمان فذلك خلاف موجب أصله، والعقد إذا ضامه شرط يخالف موجب أصله وجب بطلانه، أصله إذا تزوج امرأة وشرط عليها ألا يطأها.

فصل

وإنما قلنا: يجوز القراض بما اتفقا عليه من الإجزاء قل أو كثر لأنه في معنى الإجارة، والعوض في الإجارة موكول في مقداره إلى تراضيهما، فكذلك القراض.

فصل

يجوز القراض بشرط أن يكون جميع الربح لأحدهما خلافاً لأبى حنيفة [والشافعي

(١) ثبت في (ب) (المفاضلة).

(٢) يقال: نض الماء ينض نضاً ونضيضاً سال قليلاً قليلاً أو خرج رشحاً. القاموس المحيط (٣٤٥/٢).

(٣) قال الموصلي: (واشترط الوضعية على المضارب باطل)، الاختيار (١/٢٦١).

فى قولهما: إن العقد فاسد^(١)، ولأبى حنيفة^(٢) فى قوله: إنه إذا كان بشرط جميع الربح للعامل كان قرضاً لا قراضاً^(٣)، لأن تقدير الربح موكول إلى تراضيهما، فجاء لأحدهما تركه للآخر، ولا يجوز أن يصير قرضاً لأن رب المال قصد أن يكون قراضاً فلا يجوز أن يضمن العامل لأجل أن رب المال أسقط حقه من الربح.

فصل

ولا يجوز قراض إلى أجل يلزمه العمل به إلى ذلك الأجل لأن القراض عقد جائز فإذا شرط فيه اللزوم كان ذلك خلاف مقتضاه ووجب فساد، ولأن ذلك زيادة من أحدهما على الآخر وذلك غير جائز.

فصل

لا نفقة للعامل إذا كان حاضراً لأنه لم يتعلق عليه لأجل المال ما يحتاج معه إلى زيادة نفقة لأنه لو لم يكن يبيع قراض لكان لا بد أن ينفق على نفسه وعياله، ولأن ذلك زيادة منه على رب المال فلم يجز، وله النفقة إذا سافر والكسوة التى لولا الخروج بالمال لما احتيج إليها فى الحضر خلافاً للشافعى^(٤) وغيره^(٥)، لأنه لم يدخل على وجه التبرع وإنما سافر طلباً للفضل فلو ألزمناه مؤنة السفر من ماله لأحاطت نفقة سفره بريجه المشترط له وزادت عليه، ولأن سفره لما كان لأجل المال صار كبيع كُلف المال ومؤنته، وكذلك البهائم تحمل متاعه، ولأن ذلك يكون زيادة من رب المال عليه وذلك غير جائز، وكذلك إذا كان أعرابياً أقام فى الحضر لأجل المال فله النفقة فى إقامته كنفقة الحاضر إذا سافر.

(١) قال النووى: (فلو قال: قارضتك على أن يكون جميع الربح لك، فوجهان: أحدهما: أنه قراض فاسد رعاية للفظ، والثانى: أنه قراض صحيح رعاية للمعنى). روضة الطالبين (١٢٢/٥) المهذب للشيرازى (٣٨٥/١).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٣) الهداية للمرغينانى (٢٢٥/٣)، الاختيار للموصلى (٢٦٠/٢).

(٤) قال النووى: (وفى السفر قولان. أظهرهما: لا نفقة له كالحضر، والثانى: له وقيل بالمنع قطعاً. وقيل بالإثبات قطعاً)، روضة الطالبين (١٣٥/٥).

(٥) وبهذا قال ابن سيرين وحماد بن أبى سليمان وظاهر مذهب الحنابلة المغنى (١٥٢/٥).

فصل

إذا ثبت ما ذكرناه، فهذه النفقة ملغاة من الفضل كبيع المؤن ثم يقتسمان الفضل الباقي بعدها اعتباراً بأجرة الأجراء وكراء البهائم لنقل المتاع، فإن لم يكن فى المال ربح وقد خرجت منه نفقة العامل لم يلزمه غرمها لرب المال لأننا لو ضمنناه ذلك كان زيادة من رب المال عليه واعتباراً بسائر المؤن.

فصل

لا يجوز أن ينضم إلى عقد القراض عقد غيره من بيع أو إجارة أو غير ذلك، ولا يرفق يشترط أحدهما ليستبد بمنفعته على الآخر، لأن القراض عقد ضيق لا يحتمل الشروط لانفراده عن الأصول، وتجوز للضرورة فلا يجوز منه إلا قدر ما ورد الشرع به فقط، فمتى ريد عليه ما يخرج عن باب رخصته بطل.

فصل

للعامل أن يسافر بالمال إن أطلق العقد إلا أن يشترط عليه ترك السفر، وليس له أن يبيع بدين إلا أن يأذن له رب المال، فإن فعل ضمن والفصل بينهما لأن العقد إذا أطلق حمل على مقتضاه وما جرى العرف به وقد عرف أن من عادة التجار التقلب بالمال حضراً وسفراً وطلب النماء فيه بسائر الوجوه، كما أنهم يتقلبون به فى سائر السلع بل قد علم من عادتهم أن من السلع ما يبتاع للسفر بها كما أن منها ما يبتاع للتربص به وقت تغير سوقه فالإطلاق محمول على العرف، والنسيئة بخلاف ذلك لأن إطلاق العقد لا يقتضى إخراج المال عن يده وتعليقه بذمة غيره وحبسه عليه، فإذا ثبت ذلك ضمن متى أنسا المال أو شيئاً منه ولم يضمن فى السفر إلا إن يشترط عليه تركه، وله ذلك إذا كان مندوحة فى الحضر تغنيه عن السفر وكذلك له أن ينهيه عن بعض السلع، ولأن له فى غيرها سعة، ولأن نهيه عنها لا يمنعه التقلب فى المال وطلب الربح، وليس له أن يقصره على بعض السلع لأن منعه عن سلعة معينة بخلاف قصره على سلعة معينة لأن قصره يمنعه مقتضى العقد والمطلوب به من التقلب فى المال [ورجاء^(١)] النماء فيه لأن ذلك إنما يكون فى الاضطرار المتسع فيه دون المضيق إلا أن يكون النوع الذى قصره

(١) ثبت فى (ب) (طلب).

عليه متسعاً في الوجود يعتمد على مثله ولا يمنع القصر عليه من الربح في المال مأمون
العدم في وقت من الأوقات فيجوز.

فصل

لا يجوز للعامل أن يشارك غيره في المال^(١) لأن رب المال إنما رضى بأمانته في المال
وكون المال في يده ولم يأذن له في تسليمه إلى غيره، فإن فعل وسلم فهما على
شرطهما، وإن تلف المال أو وضع ضمن العامل بتعديه.

فصل

إذا مات أحد المتقارضين: فإن كان العامل نُظر: فإن كان مات والمال عين بحاله ما
ابتاع به شيئاً فلربه أخذه ولا مقال لورثة العامل سواء كانوا أمناء أو غير أمناء، وليس
لرب المال أيضاً إلزامهم العمل بالمال لأن موروثهم لو كان حياً فأراد رد المال وهو عين
لكان ذلك له فكذلك الورثة، وإنما لم يكن لهم مقال لأن الميت لم يتعلق له في المال
حق فيجب لهم ما وجب له، وإن كان موته بعد أن اشترى السلع وتصرف في المال،
فقد تعلق لكل واحد من الفريقين حق بالمال: أما الورثة فإنهم مخيرون بين أن يعملوا
بالمال إن كانوا أمناء قادرين على العمل لا يخاف على المال منهم إتلاف أو إضاعة، فإن
لم يكونوا أمناء أو كانوا [أمناء]^(٢) إلا أنهم لا يحسنون التصرف بنفوسهم، فإن أتوا
بأمين ثقة يبصر العمل ويعرفه لزم تسليم المال إليه، وقام مقامهم في البيع وتصحيح
الضمن لرب المال، فإن عجزوا عن ذلك كله سلموا المال ولم يكن لربه مطالبتهم بشيء.

وإنما قلنا: إن لهم المطالبة به لأنه قد تعلق فيه حق الربح الذي يرجونه فيما ابتاعه
موروثهم فليس لرب المال إبطاله عليهم والاستبداد به دونهم، ولأنه حق أوجب عقد
معاوضة، فجاز أن ينتقل إلى الورثة كخيار العيب.

وإن قال الورثة لرب المال: نحن نبيع ونوفيك رأس مالك وتخلي بيننا وبين السلع
فليس ذلك لهم إلا أن يرضاه لأنه قد تعلق له حق في المبتاع لأنه مشتري بماله، فله من
حق الربح مثل ما لهم، وأما إن مات رب المال فإن العامل على حاله فإن مات قبل
العمل، فإن كل واحد من الفريقين بالخيار على صاحبه في فسخ العقد والمضى عليه،

(١) الكافي لابن عبد البر (٢/ ٧٧٦).

(٢) سقطت من (١).

وإن كان بعد الشراء [فليس]^(١) لأحدهما فسخه إلا أن يرضى الآخر: أما الورثة فإنهم يقولون لما كان لأبينا المطالبة برد ماله عيناً فكذلك لنا مثل ما كان له، وأما العامل فقد تعلق له في المال حق ما يرجوه من الربح يبيعه فليس لهم فسخه عليه.

فصل

قد بينا أن لكل واحد من المتقارضين فسخ العقد قبل الشروع في العمل: فإذا عمل العامل فليس لأحدهما المطالبة برده رأس المال إلا أن يرضى الآخر ويلزم العامل التقاضى في البيع حتى يرده عيناً لأن الجزء المشترك من الربح إنما يستحقه بعمله الذي هو البيع والشراء والتقلب بالمال حتى ينمى، وفي رده إياه عروضاً إسقاط أكثر العمل لأن العروض يحتاج إلى كلفة ومؤنة لمن يبيعها إلى أن يحصل عينا.

فصل

إذا خسر في مال القراض ثم عمل به من بعد فربح نظر: فإن كان تفاعلاً بعد الخسران لم يجبر الخسران بالربح الثاني وكان رأس المال ما بقى بعد الخسران يجبر من هذا الربح، فإن فضل شيء تقاسمناه وإلا لم يكن للعامل شيء ولا يرجع عليه بخسران^(٢)، وإنما وجب ذلك لأن الحق للعامل في الربح لا في رأس المال ولا يكون ربح إلا بعد حصول رأس المال، فإذا حصل في المال خسران لم يستحق العامل شيئاً لأنه لا يصل إلى شيء من الربح إلا إذا وصل رب المال إلى جزئه ولا سبيل إلى ذلك ما لم يكن رأس المال.

فصل

اختلف قول مالك في المستحق بالقراض الفاسد، فعنه في ذلك روايتان: إحداهما: أن للعامل قراض المثل، والآخرى: أجرة المثل^(٣).

وفصل ابن القاسم فقال: إن كان الفساد من جهة العقد رد إلى قراض المثل وإن كان من جهة الزيادة رادها أحدهما على الآخر رد إلى أجرة المثل.

(١) سقطت من (١).

(٢) ثبت في (ب) (برضا).

(٣) حكاهما ابن عبد البر في الكافي (٧٧٧/٢).

وذكر ابن الموزان عن مالك في العامل يشترط عليه الضمان أن له الأقل من قراض المثل أو مما سمي له من الربح.

فوجه اعتبار قراض المثل في الجملة أن الأصول موضوعة على أن شبهة كل أصل مردودة إلى صحيحه كالنكاح والبيع والإجارة، فكذا القراض.

فوجه اعتبار أجره المثل هو: أن كل عقد صحيح يوجب عوضاً مسمى للعامل بالعمل، فإذا كان فاسداً فللعامل أجره المثل في عمله، أصله الإجارة الفاسدة، والتفصيل الذي ذكره ابن القاسم استحسان وليس بقياس.

ووجه اعتبار أقل الأمرين أن قراض المثل وإن كان الأقل فقد رضى به العامل لأنه إذا رضى أن يعمل على أن يكون عوضه [على العمل من الربح]^(١) على الفساد بما ذكرناه، فقد رضى أن يكون له فيما يصح بحسابه، وإن كان المسمى الأقل فليس له زيادة عليه لأن رب المال يقول: أنت رضيت بالمسمى عوضاً عن عملك فليس فساد العقد موجباً لك زيادة في العوض.

فصل

وفائدة الفرق بين أجره المثل وقراض المثل: أن أجره المثل تتعلق بذمة رب المال كان في المال ربح أم لا، وقراض المثل يتعلق بربح إن كان في المال، فإن لم يكن فيه ربح فلا شيء للعامل، ومن أصحابنا من يجعل قراض المثل مع الربح وعدمه يفرق بينهما بأن يجعل حظ العامل بقدر ما يساوي عمله مما رضى به عوضاً لو صح العقد فيكون له بقيمة ذلك.

فصل

لا يتفاضل المتقارضان على الربح إلا بحضرة المال لما بينا أن الربح لا يستحق إلا بعد حصول رأس المال، ومتى كان عروضاً وتقاسما الربح لم يأمن أن ينقص السعر فيخسر رأس المال، أو ينظر إن كان ديناً فيؤدى ذلك إلى ما منعناه.

فصل

زكاة رأس المال القراض على رب المال، وزكاة الربح تابعة لأصله فلزم العامل في

(١) سقط من (ب).

حصته إذا كان الحول قد حال على رأس المال سواء كان في حصته نصاب أو أقل لأن الربح تابع للأصل، وإن كان العامل عبداً أو ذمياً فلا ركة عليه في حصته من الربح عند ابن القاسم لأنه ليس من أهل الزكاة، وقال عبد الملك: تلزمه الزكاة لأن الجملة على ملك رب المال، ولأن الربح تابع للأصل^(١).

فصل

إذا اشترط رب المال الزكاة على العامل نُظر: فإن شرط عليه ركة رأس المال والربح لم يصح لأن ذلك يؤدي إلى الجهل بجزء العامل، ولأنه قد يأتي على أجرته ويزيد عليها وإن شرط عليه ركة رأس الربح وحده جاز أيهما شرطه على [الآخر]^(٢) جاز لأن ذلك جزء معلوم مستثنى من جزئه كأنه إن قارضه على النصف وشرط ركة الربح في حصته، قال: قارضتك على النصف إلا ربع العشر، وذلك معلوم فيجوز، وما ابتيع من ماشية تجب فيها الزكاة فزكاتها ملغاة من أصل المال لأنها مؤنة من المؤن [والله أعلم]^(٣).

(١) انظر الكافي لابن عبد البر (٧٧٧-٧٧٨).

(٢) ثبت في (ب) (بجزاء).

(٣) سقطت من (١).

١٧ كتاب المساقاة

وكراء الأرض والمزارعة

المساقاة^(١) جائزة خلافاً لأبي حنيفة^(٢)، لما روى: أنه ﷺ عامل أهل خيبر على الشرط من ثمر وزرع^(٣)، وروى أنه ساقى أهل خيبر وكان يبعث عبد الله بن رواحة فيخرس عليهم^(٤)، ولأن ذلك فعل الأئمة أبي بكر وعمر وغيرهما ولا مخالف من السلف فيه، ولأنه مال لا ينمى بنفسه ولا تجوز إجارته، وإنما ينمى بالعمل عليه فجاز العمل عليه ببعض ما يخرج منه، أصله مال القراض، ولأن الغرر والخطر فيها أقل منه في القراض فكان بالجواز أولى.

فصل

تجوز المساقاة في الأصول كلها والشجر خلافاً للشافعي في قوله: إنها لا تجوز إلا في النخل والكرم^(٥)، لما روى: «أن رسول الله ﷺ ساقى أهل خيبر على ما فيها من زرع وشجر»^(٦) فعم، وكأنه أصل له ثمر فجازت المساقاة عليه، أصله النخل والكرم.

(١) المساقاة في اللغة: إعطاء الماء من الطرفين مفاعلة من السقي، التعريفات (١٤٤)، والقاموس (٣٤٥/٤)، وفي الاصطلاح: «عقد على عمل مؤنة النبات بقدر، لا من غير غلته لا بلفظ بيع أو إجاره أو جعل»، شرح حدود ابن عرفة (٥٠٨/٢).

(٢) المزارعة والمساقاة فاسدة عند أبي حنيفة قال الموصلي: «وهي جائزة عند أبي يوسف ومحمد وعند أبي حنيفة هي فاسدة»، الاختيار (٣٣٧/٢ - ٣٤٤)، الهداية للمرغيناني (٣٨٩/٤).

(٣) أخرجه البخاري: الحث (١٤/٥) ح (٢٣٢٨)، ومسلم: المساقاة (١١٨٦/٣) ح (١٥٥١/١).

(٤) أخرجه أبو داود: البيوع (٢٦١/٣) ح (٣٤١٤) من حديث جابر - رضى الله عنه - ومالك في الموطأ: المساقاة (٧٠٣/٢) ح (١) مرسلاً.

(٥) انظر روضة الطالبين (١٥٠/٥)، الأم للشافعي (٣٣٨/٣).

(٦) تقدم تخريجه.

[فصل]

الزروع إذا ظهر وعجز عنه زارعه تجوز المساقاة عليه لأنه يصير حيثئذ كالأصل المرتجى ثمرته، ولا يجوز وهو مغيب لم يظهر، ولأنه ليس باطل ولا يدرى هل ينبت حبه أم لا ينبت، وكذلك المقائى والمباطخ إذا ظهرت كالزروع^(١).

فصل

صفة المساقاة: أن يدفع الرجل حائظه وفيه النخل والشجر إلى من يعمل فيه على جزء من الثمر يتفقان عليه قل أو كثر من نصف أو ثلث أو ربع أو أقل أو أكثر من الأجزاء المقدرة المعلومة على أن يكون العمل والكلف والنفقة فيما تحتاج إليه الثمرة المساقى عليها، وجميع المؤن على العامل مثل السقى والآبار والجداذ وعلوفة الدواب ونفقة الغلمان وما يتعلق بمصلحة الثمر وما لا يبقى بعد انصراف العامل.

وإنما قلنا ذلك لأن الجزء إنما يستحقه العامل بعمله الذى يصلح به الثمرة، ولا يجوز أن يكون بعضه على رب الحائط لأن ذلك زيادة يزدادها العامل، ولأن النبي ﷺ لما ساقى أهل خيبر لم يلزم لهم مؤنة بل أنفقوا من أموالهم، وأما ما عدا ذلك مما يبقى بعد انصرافه فلا يجوز ولا يلزمه اشتراطه عليه وذلك كحفر بئر ابتداء أو إنشاء غراس أو بناء بيت يجبى فيه الثمر أو ما أشبه ذلك لأن كل هذا زيادة مشترطة على العامل يفرد بها رب المال، وذلك غير جائز لأنه يخرج المساقاة عن بابها ويلحقها بالإجارة المجهولة، وبيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، والمساقاة عقد خارج عن الأصول فلا يجوز منع إلا ما قد جوزه الشرع، ومن ذلك اشتراطه ضغيرة بينها، فاختلفت عبارات أصحابنا فى ذلك فمنهم من قال: الحائط حول المراح، ومنهم من قال: موضع مجتمع الماء، ومنهم من قال: هى الشجرة يفرسها وجعل موضع دنيتهما بينهما ويشبه أن يكون تصحيحاً، وكل ذلك يصح حمل الكلام عليه وإن كنا نعلم أن المراد واحد منها^(٢)، وما شعث من آلة الحائط، فعلى رب المال صلاحه كالدولاب ينكسر أو يموت بعض البقرة أو يذهب بعض الآلة أو يغور العين أو تنهار البئر وما أشبه ذلك، وإنما قلنا ذلك ليصل العامل إلى العمل ويتمكن منه ولا ييطل حقه.

(١) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٢) انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٥٤٥/٣).

فصل

وإنما قلنا: إن لهما أن يتراضيا على ما شاءا من الأجزاء لأنه عوض على منافع يجوز بغير بدل، فلم يتعذر البذل فيها كالإيجارات والقراض، [وإذا]^(١) ساقاه على عدة أحقة^(٢) متفقة الثمار أو مختلفة فلا يخلو أن يكون في عقد واحد أو عقود مفترقة: فإن كان في عقد واحد جاز على أجزاء متفقة ولم يجز على أجزاء مختلفة، وإن كان في عقود مفترقة جاز على أجزاء متفقة ومختلفة، وحكم كل صفقة منفردة بنفسها، وإنما منعنا اختلاف الأجزاء في العقد الواحد لأنها كالقراض الواحد إذا ضمها عقد واحد فلا يجوز أن يساقى بعضه على جزء وبعض على خلافه، ولأنه ﷺ ساقى أهل خيبر على اختلاف حوائطها سقياً واحداً، فلا يجوز خلاف ذلك لأن المساقاة عقد خارج على الأصول ولا يجوز أن يتعدى قدر ما ورد الشرع به، وعلمه أصحابنا بأن فيه يرد فضل في أحد الحائطين لفضل أو نقص في الحائط الآخر.

فصل

عقد المساقاة لازم ليس لأحدهما تركه بعد عقده إلا برضا الآخر لأنه إجارة في خدمة عين قائمة كسائر الإيجارات، وإن مات العامل قام ورثته مقامه، فإن كان فيهم من يتولى ذلك وإلا أكرأ له من ماله، وإن مات رب الحائط، فالعامل على حاله.

فصل

إذا ساقى حائطاً فيه نخل وشجر وأرض بياض^(٣) وسكتا عن ذكر البياض فلا شيء للعامل فيه، ولرب الحائط زرعه أو إجارته، فإن شرطه العامل لنفسه يزرعه جاز إن كانت قيمة أجرته بقدر [ثلث]^(٤) ثمن الثمرة بعد حط قيمة ما يلزم العامل عليها أو أقل منه، فإن زاد عليه لم يجز.

وإن شرط رب الأرض على العامل جزءاً مما يخرج من البياض جاز.

(١) ثبت في (ب) (فأما إذا).

(٢) جمع حديقة، القاموس المحيط (٢١٩/٣).

(٣) الأرض البياض: هي الخالية من الزرع والشجر، الكافي (٧٦٨/٢).

(٤) سقطت من (أ).

وإنما أجزنا ذلك فى اليسير لأن رسول الله ﷺ لما ساقى أهل خير^(١) ألغى البياض الذى كان فيها، ولم ينقل أنه منع اليهود منه ولا أنه استثناء ولا طلب منهم أجرته .

وإنما شرطنا الثلث لأنه معتبر فى الأصول فى البيع، والمقصود إذا أريد الفرق بينهما كمعاقلة المرأة الرجل واكتراء الدار فيها نخلة أو شجرة إذا استثنيت فكذلك هاهنا، ومنعناه فيما راد عليه لأنه يصير مقصوداً بالشرط وزيادة ينفرد بها العامل ويخرج على التسع، وإنما جاز لرب الأرض أن يشترط بعض ما يخرج منها لأنه لما جاز له إلغاء الجميع للعامل وجعل تبعاً معفواً عنه جاز له اشتراط بعضه تبعاً للسقاء، ويجب أن يكون الجزء الذى يشترطه موافقاً لجزء عقد السقاء لا مخالفاً له .

فصل

يجوز أن يكترى الرجل الدار يسكنها أو الأرض البياض يزرعها وفيها نخلة أو شجرة قيمة ثمرتها الثلث فدون، فيستثنىها المكترى، وإن رادت على ذلك لم يجز له استثنائها وقال أبو حنيفة^(٢) والشافعى: لا يجوز ذلك فى القليل والكثير^(٣)، وإنما أجزنا ذلك فى اليسير لأن الضرورة تدعو إليه لتطرق صاحب الدار عليه كل وقت إذا أراد أخذ ثمرته فربما كره المكترى مروره عليه ونظره إلى منزله واحتاج إلى تكلف ستر ما يكون فى الدار عنه وغير ذلك مما يشق إذا تكرر، فجعل له إزالة الضرر عنه باستثناء ذلك ليقطع تطرق المالك عليه، كما أجزنا للمعرى شراء العرية، فحرمها لقطع تطرق المعرى عليه .

فصل

وإنما فصلنا بين الثلث وما زاد عليه للإجماع على منع ذلك فيما راد على الثلث لأن

(١) تقدم تخريجه .

(٢) قال ملك العلماء الكاسانى: استثناء بعض من المبيع بمنزلة شرط فاسد أدخل فى البيع فوجب فساد البيع، وكذلك هذا فى عقد الإجارة والكتابة والرهن بخلاف النكاح والخلع والصلح عن دم العمد والهبة والصدقة، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (١٧٥/٥)، رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص/٢٧٩) .

(٣) ذكر الشيخ النووى رحمه الله أنه إذا كان المبيع محدداً والاستثناء مجهولاً كبيع الشمرة إلا عشر نخلات منها لا بعينها كان العقد باطلاً. وذكر قول الإمام مالك رحمه الله، انظر شرح المذهب (٤٤٦/١١)، رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص/٢٧٩)، قلت: ومثل البيع الإجارة، والله أعلم .

ما دون الثلث يسير بيع لا يهتم أن يقصد به شراء الثمرة قبل بدو صلاحها، كما لا يهتم بذلك في العرية، وإذا كان راد على ذلك صار مقصوداً أو خرج أن يكون تبعاً كزيادة العرية على خمسة أوسق.

فصل

تجور مساقاة البعل وهو الذى يشرب من أصله من غير سقى، وكذلك كل ما يسقى على اختلاف أنواع السقى، لأن ذلك محتاج إلى خدمة وتعهد وآبار ومراعاة وقطع جريد وغير ذلك، فجار السقاء عليها.

فصل

انتهاء المساقاة إلى الجذاذ إذا كان السقاء لسنة واحدة لأن الحقوق تنقطع عنه ويقع الاستيفاء فلا يبقى شيء من خدمة الثمرة فيما بعد ذلك يستحق لثمره العام [المقبل]^(١) فلا يلزم إلا بعقد مستأنف، فأما إذا كان عقد السقاء لعدة أعوام، فإن العامل لازم له إلى انقضاء المدة التى عقدا عليها.

فصل

تجور المساقاة على ثمرة بعد ظهورها خلافاً للشافعى^(٢)، لأن المساقاة إنما تجور لحاجة الثمرة إلى السقى والخدمة والضرورة من الملك إلى استيعابه غيره وهذا يستوى فيه المعدوم والموجود، ولأن ذلك إذا جاز قبل وجودها مع كثرة الخطر كان جواره بعد الوجود مع قلة الخطر أولى.

فصل

واختلف فى جوار المساقاة يليها بعد طيها: قال ابن القاسم: لا تجور، وقال سحنون: تجور، فلا بين القاسم أنه لا ضرورة إلى المساقاة لجوار بيعها والإجارة عليها،

(١) ثبت فى (١) (المستقبل).

(٢) فى أحد قوليه قال للحنوى: فى جوار المساقاة بعد خروج الثمار قولان: أظهرهما: الجوار. وفى موضع القولين طرق أصحابها: أنهما فيما قبل بدو الصلاح فأما بعده فلا يجور قطعاً. والثانى: القولان فيما لم يتناهى نضجه. فإن تناهى لم يجز قطعاً. والثالث: طردها فى كل الأحوال، انظر روضة الطالبين (٥/١٥٢).

ولسحنون أن الضرورة إلى سقيها وتعهدا باقية لحاجتها إلى قيامها في النخل فكانت كالتى لم يبد صلاحها^(١).

فصل

إذا أخرج الحائط خمسة أوسق ففيه الزكاة، بخلاف الشركة في الثمرة لأن العامل لا يستحق إلا بعد الصلاح، ويبدو الصلاح قد وجبت الزكاة، فكان الوجوب يتناولها على ملك صاحب الأصل، ويجوز أن يشترط أحدهما الزكاة على الآخر في حصته بخلاف القراض لأن ذلك جزء معلوم.

فصل

مساقاة النصراني جائزة إذا كان هو العامل، فإن كان المسلم هو فيكره لأن فيه إذلالاً للمسلم باستخدام النصراني له وتواضعه لشيء يناله من الدنيا^(٢).

فصل

لا يجوز في المساقاة زيادة يشترطها أحدهما على الآخر كالقراض^(٣) لأن بهما ضيق لا يحتمل الشروط لخروجها عن الأصول فيجب الاقتصار بها على ما ورد به الشرع.

(١) انظر المدونة الكبرى (٥/٤).

(٢) قال ابن عبد البر: (ولا بأس بمساقاة الذمى في مساقاة أو في شيء من الإجازات والأعمال)، الكافي لابن عبد البر (٢/٧٧٠).

(٣) المدونة الكبرى (٦/٤).

باب

يجوز كراء الأرض^(١) للزراع بالذهب والفضة والعروض والحيوان، ولا يجوز بالطعام كله على اختلاف أصنافه كان مما تنبت كالحنطة والشعير وسائر الحبوب والثمار، وما لا تنبت كالعسل واللحم وغير ذلك، ولا ببعض ما تنبت من غير الطعام كالقطن والكتان والعصفر الزعفران، ويجوز بالخشب والقصب وما فى معناهما.

فصل

[ولما أجزناه بالذهب والفضة وسائر العروض لعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] والإجارة بيع المنافع، وفى حديث رافع أنه عليه السلام نهى عن كراء الأرض ببعض ما يخرج منها^(٢)، فأما الذهب والفضة فلا بأس به، ولأن كل ما جاز بيعه جازت الإجارة به.

فصل

فإنما منعنا أن تكرى بالطعام، فلأن ذلك هو المحاقلة^(٣) المنهى عنها والمخاطبة كراؤها ببعض ما يخرج منها، وقال أبو حنيفة: كل ما جاز أن يكون ثمنًا فى البياعات جاز أن تكرى به الأرض^(٤)، وقال الشافعى: يجوز بالحنطة فى الدِّمَّة ولا يجوز إذا شرط أنه مما تنبت تلك الأرض، ويجوز بالطعام الذى لا يخرج منها كالعسل والسمن^(٥).

فدللنا على منع ذلك حديث رافع قال: كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ حتى روى لنا عنه أنه قال: «من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا يكرىها بثلث أو بربع أو بطعام مسمى^(٦)» وهذا نص، ولأنه طعام فأشبه ما تنبت، ولأن ذلك بيع طعام

(١) الكراء: بيع منفعة ما لا يمكن نقله، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٥٢٤).

(٢) أخرجه مسلم: البيوع (٣/ ١١٨٣) ح (١٥٤٧/ ١١٥) وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٥٦) ح (٣٣٩٣).

(٣) قال صاحب المطلع: قال صاحب المطالع: المحاقلة: كراء الأرض بالحنطة أو كراؤها بجزء مما يخرج منها، المطلع (ص/ ٢٤٠).

(٤) الاختيار للموصلى (٢/ ٦٤).

(٥) الأم للشافعى (٣/ ٢٤٠).

(٦) أخرجه مسلم: البيوع (٣/ ١١٨٤) ح (١٥٥٠/ ١٢٠) بنحوه. وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٥٧) ح (٣٣٩٥) ولفظه عند أبي داود.

بطعام متأخر ومجهول لأن المالك كأنه باعه بهذا الطعام أو ما تنبته أرضه أو كراء من طعام بمثله إلى أجل وإبتاع منه عسلاً أو لبناً بما تخرجه أرضه إلى أجل، فدلينا على منع إجارتها ببعض ما يخرج منها من غير الطعام أنه ﷺ نهى أن تستأجر الأرض ببعض ما يخرج منها^(١)، ولأن الكتان والقطن وغيرهم مما تنبته الأرض فأشبهه إذا اشترطوا الثلث أو الربع، وأما القصب والخشب فإنه ليس مما يزرع أو يقصد كراؤها لزرعه فجاء^(٢).

فصل

لا يجوز شرط النقد إلا في المأمون منها دون ما لا يؤمن إخلافه وتلف الزرع فيها، والاعتبار في ذلك بحال الأرض وعادتها في الشرب، وإنما منعناه ذلك بمثل ما منعناه في البيع: وهو أن يكون بيعاً وسلفاً وقرضاً جر نفعاً وقد فسرناه في الإجارة.

فصل

الشركة في الزرع جائزة وصفتها: أن يتكافيا في العمل والمؤنة والأرض والبذر، فإن كان البذر من عند أحدهما^(٣) والأرض من عند الآخر فلا يجوز: كان العمل عليهما أو على أحدهما لأن الذي له البذر قد باع حصته من شريكه بما تخرجه أرضه وذلك طعام بطعام متأخر إن زرعا طعاماً، ومخابرة وكراء الأرض ببعض ما يخرج منها وصاحب الأرض قد أكرى حصته ببعض ما يخرج منها، وذلك غير جائز، فإن زرعا على ذلك وتكافيا فيما سواه من العمل والبقر فالزرع لمن وليه منهما، فإن وليه صاحب الأرض فالزرع له وتغرم لصاحب البذر مثل مكيلة بذره، وإن وليه صاحب البذر [فالزرع له ويغرم لصاحب الأرض نصف كراء أرضه، فإن ولياه جميعاً اقتسماه نصفين فكان على صاحب الأرض نصف مكيلة البذر]^(٤)، وعلى صاحب البذر نصف كراء الأرض، ويجوز أن تكون الأرض بينهما أو لأحدهما ومن الآخر البقر والمؤنة ويكون البذر من عندهما والذي يحترز منه في هذا الباب أن يؤدي إلى كراء الأرض بالطعام أو ببعض ما يخرج منها أو بانتفاء التساوي، فإذا سلم من ذلك جاز.

(١) أخرجه مسلم: البيوع (١١٨١/٣) ح (١٥٤٨/١١٣)، وابن ماجه: الرهون (٨٢٣/٢) ح (٢٤٦٥).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) انظر المدونة الكبرى (٢٩/٤).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

[بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ]

صلى الله على محمد ^(١)

١٨ كتاب الشركة ^(٢)

الشركة على ضربين بمال وبدن، فأما شركة الأموال فعلى ضربين: شركة عنان، وشركة مفاوضة.

والعنان هي أن يخرج كل واحد منهما رأس مال مثل ما يخرج صاحبه أو أكثر أو أقل ويخلطاه ويكون في حكم المختلط وإن لم تكن عينه مخالطة للآخر مثل أن يكونا في صندوق واحد وأيديهما عليه ويكون العمل عليهما بحسب رؤوس أموالهما والربح بينهما على مثل ذلك، فهذا نوع جائز من الشركة، ولا يجوز أن يشترط العمل أو الربح بخلاف رؤوس الأموال، فإن عقدا الشركة على ذلك وعملا فالشركة فاسدة ويكون الربح والخسران بينهما على قدر المالين ويرجع من قل رأس ماله على صاحبه بأجرة المثل في نصف الزيادة.

والمفاوضة أن يفوض كل واحد منهما إلى الآخر التصرف والبيع والشراء حضر الآخر أو غاب وتكون يده كيده، ولا يكونان شريكين إلا بقدر ما يعقدان الشركة عليه دون ما ينفرد أحدهما بملكه مما لم يدخله في رأس مال الشركة ويجوز فيها تساوى رؤوس الأموال وتفاضلها إذا كان العمل والربح بقدرته الله.

(١) ما بين المعكوفين مسقط من (ب).

(٢) الشركة في اللغة: الاختلاط.

وفي الاصطلاح: تقرر متمول بين مالكين فأكثر ملكاً فقط والأخصية بيع مالك كل بعضه ببعض كل الآخر موجب صحة تصرفهما في الجميع. شرح حدود ابن عرفة (٢/٤٣١).

وشركة الوجوه^(١) باطلة، فأما شركة الأبدان^(٢) فتجوز بشرطين: أحدهما اتفاق الصناعتين كالاشتراك فى الخياطة والقصارة والتجارة وغير ذلك من الصناعات، وتجوز عندنا فى الاصطياد والاحتطاب، ولا تجوز مع اختلاف الصناعتين كقصار وحداد وصباغ وصواغ، والثانى أن يكونا فى موضع واحد، فإن افرقت الأمكنة لم تجز الشركة اتفقت الصناعات أو اختلفت، وإن افرقت الصناعتان لم يجز افرقت الأمكنة أو اتفقت، وتجوز الشركة بالمعروض على القيمة.

فصل

وجواز الشركة فى المال على الشرط الذى قدمناه مجمع عليه، وإنما الخلاف فى انخرام بعض أوصافها على ما سنذكره، وذكر بعض أصحاب مالك عنه أنه سئل عن شركة العنان فقال: لا أعرفها، ومن سمّاها بذلك فسرّها على وجوه من الاشتقاق: قيل: معناها تساوى الشريكين فى التصرف والمال فى الكثير والقليل كتساوى الفارسين فى السير، وقيل: لأنها شركة ظاهرة مأخوذة من عنانى الشيء إذا أخطر ببالك فأظهرته^(٣)، وقيل: إنها معروفة فى اللغة كقول الشاعر:

وشركنا قريشاً فى علاها وفى أحسابها شرك العنان

وفى الجملة فمن أى شيء ثبت أنها أخذت إذا كانت على الصفة التى ذكرناها فإنها جائزة، وإنما شرطنا أن تكون أيديهما على المالين بخلط أو جعله فى صندوق أو غيره خلافاً لأبى حنيفة فى قوله: إن الشركة تصح وإن كان مال كل واحد منهما فى يده إذا عيّنّه وأحصراه^(٤)، لأن الشركة تقتضى تساويهما فى الاشتراك بالمال، فإذا انفرد أحدهما بثبوت يده عليه لم توجد حقيقة الشركة [لأنهما على ما كانا عيه من انفراد المالين فلم يحصل منهما إلا القول، ومجرد القول لا يأتى له بدليل: أنهما لو تعاقدتا إلى الشركة]^(٥)

(١) قال فى الحدود: (قال القاضى أبو محمد: هو أن يشتركا على الذمم دون مال ولا صنعة على أن ما اشترياه يكون فى ذمتها وربحه بينهما، وقيل: أن يشتركا على أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون له بعضه). شرح حدود ابن عرفة (٤٣٦/٢).

(٢) «هى عقد على عمل يبين شخصين والربح بينهما على حسب ما لكل أو عمله بما يدل عرفاً»، انظر بلغة المسالك (٦٨٥/٢).

(٣) انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٥٩/٣).

(٤) الاختيار للموصلى (٢٥١/٢)، الهداية للمرغينانى (٩/٣).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (١).

على مال ولم يعينها فإنها لا تنعقد لأن الشركة لا تحصل على مال لم تثبت أيديهما عليه، ولأن كل واحد من المالكين يثبت على ملك صاحبه فلم تثبت به شركة، أصله سائر أمواله، عكسه إذا خلطاه أو كانت أيديهما عليه.

وإنما شرطنا خلطهما حتى لا يتميزا إذا كانا بحيث تنالهما أيديهما بالتصرف خلافاً للشافعي في قوله: إن الشركة لا تنعقد إلا بخلط المالكين^(١) لأن أيديهما ثابتة على المالكين كما لو خلطاهما.

وإنما شرطنا أن يكون العمل والريح على قدر رؤوس الأموال خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجوز أن يخرج أحدهما ألفاً والآخر ألفين ويعملا بالمال على أن الريح بينهما نصفين^(٢)، لأنه قد ثبت أن عقد الشركة يوجب في جهة كل واحد من الشريكين قسماً من الريح والخسران ثم اتفقا على أن أحدهما لو شرط على الآخر جزءاً من الخسران أن يفرد به كان ذلك غير جائز كذلك إذا شرط جزءاً من الريح بعله أنهما ثمرتا مال الشركة، فوجب تساويهما فيه بقدر المال، ولأن الريح ثمنه المال والمال أصله، فوجب أن يتقسط بين الشريكين على قدر الملك كأجرة العقار.

فصل

وإنما قلنا في العمل: إنه يجب التساوي فيه على قدر رؤوس الأموال كالريح لما ذكرناه في الريح، ولأن اشتراط الزيادة استتجار من مشروطها للآخر بفضل ربح ماله وذلك غرر، ولأن كل واحد ترك العمل [يستحق عليه بحق الشركة بما بذله من فضل ربح ماله كما لو شرط العمل]^(٣) على صاحب الألفين والريح بينهما نصفين، أو شرط أكثر الريح للذي لا يعمل وأقله للذي يعمل.

إنما قلنا: شركة المفاوضة جائزة خلافاً للشافعي^(٤)، لأن تقدير الشركة أنهما أخرجا.

(١) الأم للشافعي (٢٠٦/٣)، روضة الطالبين (٢٧٧/٤).

(٢) قال الموصلي: (وتصح مع التفاضل في المال والتساوي في الريح إذا عملا أو شرطاً لزيادة ربح العامل وقال زفر: لا تصح المساواة في المال والتفاوت في الريح ولا على العكس)، الاختيار للموصلي (٢٥٤/٢).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٤) قال الإمام الشافعي: لا أعرف شيئاً من الدنيا يكون باطلاً إن لم تكن شركة المفاوضة باطلاً إلا أن يكونا شريكين يعدان المفاوضة خلط المال والعمل فيه واقتسما الريح فهذا لا بأس به، الأم (٢٠٦/٣)، الحاوي الكبير للماوردي (٤٧٥/٦).

المالين ثم وكل كل واحد منهما الآخر فى التصرف فيه على الإطلاق وذلك جائز، ولأن شركة المفوضة تتضمن الوكالة والكفالة وتعلق الوكالة بها كتعلقها بالعنان لكن تزيد المفوضة بالكفالة فيما يثبت لأحدهما قبل صاحبه من الحقوق والضمان يصح فى الذمة لمجهول، كمن استهلك شيئاً لمن لا يعرفه.

وإنما قلنا: إنه يجوز أن يفرد أحدهما بمال لا يدخله فى الشركة وإن تفاضل رؤوس الأموال، خلافاً لأبى حنيفة فى منعه كل ذلك^(١)، وقوله: إن موضوع المفوضة يقتضى التساوى، لأن كل شركة جازت مع تساوى رؤوس الأموال جازت مع اختلافهما كالعنان، ولأنها شركة بمال فى مكسب مباح فوجب أن يستوى فى الجواز استواء المالين واختلافهما كالعنان، ولأن عقد الشركة هو بيع نصيب أحدهما بقسطه من نصيب الآخر وتركيل أحدهما الآخر فى التصرف وذلك لا يفترق إلى تساوى المالين.

وإنما قلنا: إن شركة الوجوه باطلة وهو أن يشتركا بغير مال بل بالذمم مثل أن يشتريا شيئاً فى ذمتهما على أن يبيعان ويقتسما ربحه خلافاً لأبى حنيفة^(٢)، لأنها شركة بغير مال ولا صناعة فلم تصح، أصله إذا قال: يع عبدك وأنا شريكك فى ثمنه أو ابتع ما تبتاعه ولى نصف ربحه، ولأنه كل واحد يستعير وجه صاحبه ووجهه^(٣) أو مستأجر له بشرط ضمان النقصان ورجاء الربح وذلك من الغرر وأكل المال بالباطل، ولأن كل واحد يصير بائعاً لنصف ما يشتري الآخر ونصف ربحه وذلك غرر ومجهول.

وإنما قلنا: إن شركة الأبدان فى الجملة جائزة خلافاً للشافعى^(٤) لأن العمل مما يجوز المضاربة عليه فجارت الشركة عليه من جهتهما كالمال، ولأنه أحد أصلى عقد القراض كالمال، ولأن المقصود من شركة المال هو العمل بدليل أن ثناء المال واستحقاق الربح يكون على العمل وأنهما لو شرطوا العمل على أحدهما لم يجز، ولو شرطوا المال من عند أحدهما والعمل من الآخر لجاز ولكان مضاربة، وإذا صح هذا وجب متى اشتركا فى عمل البدن أن يصح لإيقاعهما العقد على الوجه الذى له يقصد وهو الأصل فيه، ولأن العمل نوع من الشركة فصح أن يكون من جهة أحد الشريكين ويستحق به الربح بدليل المضاربة، وكل ما جاز أن يستفاد به الربح فى حق أحدهما جاز أن يشتركا عليه كالمال.

(١) بدائع الصنائع للكاسانى (٧٢/٦).

(٢) الهداية للمرغينانى (١١/٣)، الاختيار للموصلى (٢٤٩/٢).

(٣) ثبت فى بعض النسخ (ووجهه)، وما أثبتناه من (ب).

(٤) الحاوى الكبير للماوردى (٤٧٩/٦)، المهذب للشيرازى (٣٤٦/١).

وإنما أجزائها في الاصطيد والاحتطاب خلافاً لأبي حنيفة^(١)، لأنه عمل مباح يكسبه فجارت الشركة فيه كالخياطة، ولأن الحاجة داعية إلى التعاون على ذلك كسائر الصنائع.

فصل

وإنما شرطنا الاتفاق في الصنعة المشتركة خلافاً لأبي حنيفة في تجويزه شركة القصار والدباغ^(٢)، لأن أحدهما لا وفق له في مشاركة الآخر فلا حاجة به إلى معاونته ولا تعلق لكسبه بعمله، فإنما قصد الغرر والقمار فقط فلأن كل واحد منهما يشارك الآخر فيما ينفرد بكسبه ليشركه الآخر في مثل ذلك فلم يصح، أصله إذا قال: اتجر في مالك لنفسك واتجر أنا في مالي لنفسى فما ربحت فلك نصفه وما ربحت أنت فلى نصفه، وإنما شرطنا أن يكونا في موضع واحد لأن التساوى في العمل لما كان معتبراً وكان لا يمكن الفرق والمعاونة إلا على هذا الوجه وجب اعتباره.

وإنما أجزنا الشركة بالعروض وصفتها: أن يخرج أحدهما ثوباً والآخر ثوباً أو عرضاً غيره، ويعقدا الشركة بينهما على أن يكون الربح بقدر رأس المال فيصح عندنا وإن لم يذكر أثماناً ولا قالاً: إن ثمن هذا الثوب كذا وثمر هذا الآخر كذا، وإذا سكتا عن ذلك انعقدت الشركة بينهما على قيمة العروض فيكون رأس مال كل واحد قيمة عرضه وسواء كانت العروض مما يتميز أعيانها الثياب والدراهم السود مع البيض، أو مما لا يتميز كالخطة والعسل، وقال الشافعى: إن كانت الشركة على أثمان العروض صحت مثل أن يقول أحدهما: ثمن عرضى مائة، ويقول الآخر: ثمن عرضى مائتان فيعقدا الشركة على ذلك ويكون رأس المال ثمن العرضين، فأما إن سكتا فينظر: إن كان العرضان لا يعرفان بأعيانها ولا يتميزان بالخلطة، فإن الشركة تصح بينهما، وإن كانت مما يتميز كالثياب وغيرها فلا تصح مع سكوتهما^(٣)، ودليلنا على جواز الشركة بالعروض على الوجه الذى قدرناه قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] ولأن العروض أعيان أموال، فجارت الشركة فيها وإن لم يسميا أثمانها اعتباراً بما لا يتميز.

(١) قال المرغيناني: (ولا تجوز الشركة في الاحتطاب وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه)، الهداية (١٢/٣)، الاختيار للموصلى (٢/٢٥٤).
 (٢) الهداية للمرغيناني (٣/١١٠-١١١)، الاختيار للموصلى (٢/٢٥٦).
 (٣) انظر الحاوى الكبير للماوردى (٦/٤٧٣).

[بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ] ^(١)

١٩ كتاب الرهون ^(٢)

الأصل في جواز الرهن قوله تعالى: ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وقوله ﷺ: «لا يغلq الرهن» ^(٣) وقوله: «الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه» ^(٤)، وقوله: «الرهن محلوب ومركوب» ^(٥)، ولأنه ﷺ رهن درعه على شعير أخذه لأهله ^(٦)، ولأنه وثيقة بالحق كالكفالة، ولأن الحق يتعلق تارة بالذمة وتارة بعين المال، فوجب أن يكون التوثيق منه بمنزلة في تعلقه بالأمرين.

مسألة

الرهن جائز في الحضر والسفر خلافاً لمن قصره على السفر ^(٧)، لما روى أنه ﷺ مات ودرعه مرهونة عند يهودى على شعير أخذه لأهله ^(٨)، وهذا رهن في الحضر واعتباراً (١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) الرهن في اللغة: اللزوم والحبس، وفي الاصطلاح: (مال قبضه توثق به في دين). الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٣١/٣)، شرح حدود ابن عرفة (٤٠٩/٢).

(٣) أخرجه ابن ماجه: الرهن (٨١٦/٢) ح (٢٤٤١)، والدارقطنى: سننه (٣٢/٣) ح (١٢٥)، والبيهقى في الكبرى (٦٦/٦) ح (١١٢١٩)، وانظر نصب الراية (٣١٩/٤).

(٤) تقدم تخريجه، انظر الحديث السابق.

(٥) أخرجه الدارقطنى: سننه (٣٤/٣) ح (١٣٦)، والبيهقى في الكبرى (٦٤/٦) ح (١١٢٠٧)، انظر تلخيص الحبير (٤٢/٣) ح (٥).

(٦) أخرجه البخارى: الرهن (١٦٨/٥) ح (٢٥٠٩) ومسلم: المساقاة (١٢٢٦/٣) ح (١٦٠٣/١٢٤).

(٧) قال الإمام الشوكانى: (وخالف مجاهد والضحاك فقالا: لا يشرع إلا في السفر حيث لا يوجد الكاتب وبه قال داود وأهل الظاهر لأحاديث ترد عليهم وقال ابن حزم: إن شرط المرتهن في الحضر لم يكن له ذلك)، نيل الأوطار (٢٣٤/٥)، المغنى (٣٦٧/٤).

(٨) تقدم تخريجه.

بالسفر لأن الحاجة تدعو إليه في الموضعين، ولأن كل وثيقة جاز أن يستوثق بها في السفر جاز أن يستوثق بها في الحضر كالضمين.

مسألة

كل دين لازم أمكن استيفاؤه من ثمن الرهن فإن أخذ الرهن به جائز خلافاً لمن حكي عنه أنه لا يجوز إلا في السلم، لقوله تعالى: ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وروى أنه ﷺ رهن درعه عند يهودى على شعير اقترضه^(١)، ولأنه دين لازم يمكن أخذه ثمن الرهن كالسلم.

فصل

إذا ثبت فيجب بيان ما يصح أخذ الرهن عليه من ذلك الأثمان في البياعات إلا الصرف والسلم المتعلق بالذمة، فإن الصرف من شرطه التقابض عقيب العقد ورأس المال في السلم لا يجوز أن يكون ديناً لأنه يكون ديناً بدين، فأما المسلم فيه المتعلق بالذمة إلى الأمل فيجوز أخذ الرهن به، وكذلك القرض والغصب وقيم السلع المتلفات وأروش الجنائيات في الأموال، وفي جراح العمد الذي لا قود فيه كالمأومة والجائفة، فأما قتل العمد والجراح التي لا يقاد منها فعلى قول مالك أنه ليس فيها إلا القود لا يجوز أخذ الرهن بها لأن الحق لا يمكن استيفاؤه منه، وعلى قوله: إن الواجب به التخيير بين القود والدية، فإذا لزمت الدية جاز أخذ الرهن بها، ويجوز في قتل الخطأ أخذ الرهن ممن تتعين الدية عليه من العاقلة وذلك بعد الحول ويجوز في العارية التي يضمن أخذ الرهن فيها ويجوز فيما لا يضمن منها ويجوز أخذ الرهن في الأجرة على الإجارة كالثمن في البياعات وفي المنافع المستأجرة عليها المضمونة في الذمة دون الأعيان، وكذلك الجعل بعد العمل لأنه قد لزم ولا يجوز قبله، ويجوز الرهن في المهر، ولا يجوز في الحدود ولا في القصاص ولا في الكتابة.

مسألة

يصح عقد الرهن من غير قبض لكن القبض شرط في صحته، فإذا عقد الرهن صح ولزم الإقباض، فإن امتنع الراهن منه أجبر على ذلك، ولا يطل العقد بتأخير القبض ما

(١) تقدم تخريجه.

لم يكن من المرتهن تراخ في المطالبة به ورضاً بتركه في يد الراهن، وقال أبو حنيفة^(١) والشافعي: إذا عقده من غير قبض فهو جائز وليس بلازم، فإن شاء الراهن قبضه ولزم وإلا فله ألا يقبضه ولا يلزم^(٢)، ودليلنا قوله: ﴿فرهان مقبوضة﴾ [البقرة: ٢٨٣] وليس يخلو أن يكون شرطاً أو أمراً وإياً كان ذلك فالعقد حاصل وإن لم يوجد وكذلك الاسم، ولأنه عقد من العقود فلم يكن من شرط انعقاده قبض المعقود عليه، أصله سائر العقود، ولأنه عقد لازم فوجب أن يلزم بنفس انعقاده كالبيع.

فصل

وإذا تعلق بمال الغريم حقوق الغرماء وثبت أنه كان رهن شيئاً من ماله لبعضهم وأقر أنه أقبضه إياه فلا يقبل إلا بيينة تشهد بمعينة القبض خلافاً للشافعي في قوله: إنه يكفي التقرار في ذلك^(٣)، لأن إقرار المقر على نفسه إنما يقبل فيما لا يسقط حق غيره ويمكن أن يكونا قد تراضيا على الإقرار بذلك ليسقط حق باقى الغرماء فلم يقبل إلا بشهادة البيينة عليه.

فصل

استدامة القبض شرط في صحة الرهن فمتى حصل مقبوضاً ثم عاد إلى يد الراهن برضاً من المرتهن باستخدام أو بعارية أو وديعة أو غير ذلك فقد خرج من الرهن خلافاً للشافعي^(٤)، لقوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ [البقرة: ٢٨٣]، فعم سائر أحوالها، ولأنها حال من أحوال الرهن فكانت تبقية في يد الراهن باختيار المرتهن مخرجة له عن الرهن، أصله الابتداء.

فصل

يصح عقد الرهن قبل وجوب الحق، فإذا وجب الحق كان رهناً به بذلك العقد ولا

(١) قال الموصلي: (ولا يتم إلا بالقبض أو بالتخلى وقبل ذلك إن شاء سلم وإن شاء لا). الاختيار (٧٩/٢)، الهداية للمرغيناني (٤٦٦/٤).

(٢) الحاوي الكبير للماوردي (٣٠/٦)، روضة الطالبين (٦٥/٤).

(٣) روضة الطالبين (١١٥/٤)، الحاوي الكبير للماوردي (١٩٧/٦).

(٤) قال الماوردي: (خروج الرهن من يد المرتهن إلى يد الراهن لا يبطل الرهن لأن استدامة قبضه ليست شرطاً في صحته)، الحاوي الكبير (٣٢/٦).

يحتاج إلى استئناف عقد ثان، وكذلك يصح تقدم الضمان على الحق المضمون، وقال الشافعي: لا يصح^(١)، ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَرَهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] فعم، ولأنه أذن له في قبضه على وجه الأمانة والضمان فصح كالوديعة والقضاء إذا قال له: اقبض ما يجيئك به فلان من متاعى وديعة لى عندك أو خذ هذا الكيس فاقبض منه حقك.

فصل

يجوز أن يتفقا على أن يكون الرهن عند أمين يتراضيان به وإن لم يقبضه المرتهن، خلافاً لمن قال: لا يصح إلا إذا قبضه المرتهن بنفسه^(٢)، لقوله تعالى: ﴿فَرَهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] معناه من الراهن وهذا موجود، ولأنه مقبوض من الراهن بحق برضا المرتهن فأشبهه أن يقبضه بنفسه.

فصل

يصح رهن المشاع خلافاً لأبي حنيفة^(٣)، لأنهم إن سلموا أن قبضه يصح فالظاهر يتناوله لقوله تعالى: ﴿فَرَهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وإن منعه دللنا عليه بأن صفة القبض متساوية لا تختلف باختلاف ما يوجبه من كونه بيعاً أو رهناً، وقد ثبت أن بيع المشاع جائز وأن بيع ما لا يمكن قبضه لا يصح وصح إن كان قبضه ممكن، ولأنه عما يصح قبضه بالبيع فصح ارتهانه كالمقسوم، ولأن الإشاعة لا تمنع صحة الرهن كما لو رهن داراً من رجلين في عقد واحد.

فصل

إذا ثبت أن رهن المشاع جائز ولا يخلو باقيه أن يكون له أو لغيره، فإن كان للراهن لم يصح الرهن إلا أن يقبضه الكل لأنه ما لم يقبضه فيد الراهن باقية عليه، وإن كان للمرتهن أو للأجنبي صح إذا خرجت يد الراهن عنه.

(١) قال الماوردي: (أن يعقد قبل ثبوت الدين فهو أن يقول: قد رهنتك دارى على أن تدائنى أو تبايعنى أو على ما يحصل لك على فهذا رهن باطل لتقدمه على الدين)، الحاوى الكبير (٢٠/٦).

(٢) حكى ذلك عن الحكم والحارث العكلى وقتادة وابن أبى ليلى. المغنى (٣٨٧/٤).

(٣) الهداية للمرخينانى (٤٧٢/٤).

فصل

إذا تأخر الإقباض إلى أن مات الراهن أو أفلس بطل الرهن لأن حق جميع الغرماء يتعلق بالتركة فلا يجوز أن يختص بها بعضهم دون بعض، وإنما يكون المرتهن أحق بتقدم الحيابة قبل موت الراهن وتعلق حقوق الغرماء كلهم بالمال، وهذا متى أمكن الإقبال فلم يفعل، فأما إذا لم يمكنه بأن لم يزل يطالبه بالإقباض والراهن ويوافقه إلى أن مات أو أفلس، فإن حق الراهن ثابت للمرتهن.

مسألة

الأشياء المرهونة: منها ما يظهر هلاكه ولا يخفى كالعقار والحيوان، فهذا الضرب لا يكون مضموناً على المرتهن ويكون تلفه من المالك ما لم يكن من المرتهن تعد فيه، ومنها يخفى هلاكه وهو مما يغاب عليه ويبطن كالذهب والفضة والحلى والعروض، فهذا عندنا مضمون على المرتهن إذا قبضه فادعى تلفه يقاص به من حقه، إلا أن تقوم بينة أو يعلم الراهن أنه تلف بغير صنعه ففيها روايتان: إحداهما سقوط الضمان، والأخرى ثبوته عليه وإن شرط فيما يضمن ألا ضمان عليه لم ينفعه، وإن شرط فيما لا يضمن أن عليه ضمانه لم يلزمه، وإذا كان الرهن على يد أمين لم يضمن المرتهن هلاكه وكان هلاكه من يده.

فصل

وإنما فرقنا بين ما يخفى هلاكه وبين ما يظهر خلافاً لأبى حنيفة في إيجابه الضمان في الجميع^(١)، [وخلافاً للشافعي في إسقاط الضمان في الجميع^(٢)] وقوله: إنه أمانة كالوديعة، لأن الرهن ليس بجارٍ مجرى الأمانات المحضة ولا مجرى المضمون المحض لأنه قد أخذ شبهاً من الأمرين فلم يكن له حكم أحدهما على التحديد، وذلك أن

(١) الاختيار للموصلي (٨١/٢)، الهداية للمرغيناني (٤٦٧/٤).

(٢) قال الماوردي: (اختلف الناس في الرهن هل هو مضمون على المرتهن أو غير مضمون. مذهبتنا إن الرهن أمانة لا يضمن إلا بالتعدي وبه قال من الصحابة أبو هريرة رضي الله عنه ومن التابعين ابن المسيب ومن الفقهاء ابن أبي ذئب وأحمد بن حنبل وأبو ثور)، الحاوي الكبير للماوردي (٢٥٤/٦)، روضة الطالبين (٩٦/٤).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (١).

الأمانة المحضة هي ما لا نفع فيه لقابضه بل النفع كله للمالك كالوديعة، والمضمون المحض هو ما يكون نفعه كله لقابضه كالمشتري أو بتعد أو جناية، وما خرج عن هذا وأخذ شبهاً من الأمرين ترجح الأمر فيه ولم يكن له حكم المحض منهما، وفي مسألتنا فلم يكن تعد ولا جناية فيضمن، ولا مما يتفرد المالك بالمنفعة به فيسقط الضمان عن المرتهن بل المنفعة لهما: للمالك بأن حصل له ما ابتاعه أو ملك وبقي الدين في ذمة لأجل الرهن ولولاه لم يملكه فقد انتفع له وللمرتهن بحصول التوثق به فلم يقبضه للمالك، كالوديعة وإنما قبضه ليكون على وثيقة بحقه، وإذا أخذ شبهاً من الأمرين لم يجز أن يتفرد بحكم أحدهما على التحديد فيجب الفصل بينه وبينها وفي ذلك ثبوت ما قلناه لأن أحداً لم يفصل بينهما بما سواه.

وروجه قوله: إنه إذا قامت بينة بهلاكه أو علم بأنه من غير صنعه فلا ضمان عليه إذ سبب الضمان معدوم لأنه إنما يضمن لثلاث يكون قد أثلفه وادعى أنه تلف بغير صنعه، فإذا علم صدقه فلا ضمان ألا ترى أن العرف لما كان يشهد له فيما يظهر تلفه قبل قوله ولم يضمنه، ووجه إيجاب الضمان أن أصله مقبوض على ذلك فلا يتنفس عنه حسماً للباب، والأول أصح.

فصل

وإنما قلنا: يضمن بقيمته ويقاص به من دينه لأن الضمان يتعلق بما حصل في قبضه، فإن جاء به وإلا فعليه بدله وهو القيمة، وإذا قلنا: يقاص به من دينه لأن رب الرهن قد استحق في ذمة المرتهن حقاً فلم يكن لأحدهما مطالبة الآخر بما يستحقه إلا ويتوجه للآخر عليه مثل ذلك، فوجب القصاص وترادا الفضل بينهما، فإن كان فيه فضل عن الحق غرمه المرتهن، وإن كان أقل منه لزم الراهن بقية الحق، وإن كان بقدره كان قصاصاً.

فصل

وإنما قلنا: إذا شرط [في نوع منه خلاف موجب لم ينفعه لأنه شرط]^(١) ينافي حكم أصل العقد فلم يثبت، أصله إذا شرط في الوديعة أنه ضامن أو شرط [في القرض أنه

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

غير ضامن، ولأن ما يلزم العقد ويكون هو أصل في^(١) قبضه إذا شرط فيه انتفاؤه لم يصح كما لو شرط في النكاح أنه لا يطا وفي البيع أنه لا يتصرف في المبيع.

فصل

وإنما قلنا: إن الرهن إذا كان على يد أمين: فإن تلفه من ربه لأن المرتهن إنما يضمنه بالقبض والحرز وهذا معدوم، والأمين هو في يده أمانة لأنه قبضه لمنفعة غيره لا لمنفعة نفسه فلم يضمنه، ولأن ربه لم يرض بأمانة المرتهن فلم يكن له عليه سبيل.

فصل

إذا ثبت ما ذكرناه فتلف الرهن المضمون في يد المرتهن: فإن اتفقا على قيمته وقدر الدين فلا كلام، وإن اختلفا لم يخل اختلافهما أن يكون في قدر الحق أو في قيمة الرهن أو فيهما: فإن كان في قيمة الرهن وصفة المرتهن وقوم على صفته فإن وافقه الراهن على صفته قوم على تلك الصفة، فإن خالفه فالقول قول المرتهن مع يمينه في ذلك لأنه غارم، والأصول موضوعة على أن القول قول الغارم مع يمينه، فإذا قومه أهل الخبرة على الصفة التي حلف عليها المرتهن حط مقدار دينه من القيمة وأخذ فضلاً إن بقي له أو رجع عليه بفضل إن بقي عليه فإن امتنع المرتهن أن يحلف على الصفة التي ادعها ثم ردت اليمين على الراهن فحلف على ما يدعيه من الصفة ثم قوم الرهن على صفته، وإن جهلت صفته حلف المرتهن على قيمته فقط لأنه لا يوصل إلى أكثر من ذلك، ومن ادعى منهما في الصفة ما يكذبه العرف لم يتلفت إلى دعواه، فأما إن اتفقا على صفته واختلفا في قدر الحق الذي رهن به: فإن المرتهن يحلف على ما يدعيه ثم يثبت له منه قدر قيمة الرهن، ويقال للراهن: إما أن تحلف على ما يدعيه ويسقط عنك قدر ما راد على قيمة الرهن، وإلا لزمك ما حلف عليه المرتهن، وكذلك لو كان الرهن قائماً بحاله.

وإنما قلنا ذلك لأن المرتهن إذا قبض الرهن وحاربه صار شاهداً له بقدر ما يدعيه لأن العادة جارية بأن الناس إنما يرتهنون ما يساوي ديونهم أو يقاربها لا ما لا يفي بها، فإذا ادعى أحدهما ما يصدقه العرف وادعى الآخر ما يكذبه العرف كانت اليمين في جنبه ما يصدقه العرف، ولأن أحداً لا يرتهن على ألف درهم ما يساوي عشرين درهماً ولا على

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

عشرين درهماً^(١) ما يساوى مائتين.

وإنما شرطنا أن يكون فى يد المرتهن لأنه إذا كان فى يد أمين سواء، فإذا الراهن لم يرد ائتمانه عليه ولا أن يكون الرهن شاهداً له بدعواه، فكان القول قول المدعى عليه [منهما]^(٢) مع يمينه، فأما إذا كان الخلاف فى أصل هلاك الرهن فادعى المرتهن هلاكه وأكذبه الراهن فزعم أنه غيبه وأنه باق بحاله، فإن المرتهن يحلف على أنه قد هلك ثم يكون الحكم فى الصفة والتقويم على ما وصفناه.

فصل

إذا اختلفا على عين رهن: فقال الراهن: ليس هذا رهن، وقال المرتهن هذا الذى رهنته عندى، فالقول قول المرتهن لأن المرتهن مؤتمن على عين الرهن، فالراهن يريد تضمينه وإثبات دعوى عليه لا يعترف بها، ولأنه لما رضى بأمانته وأن يكون الرهن فى قبضته ولم يتوثق منه بالإشهاد على عينه وجب أن يكون القول قوله فى ذلك.

فصل

ومن أقر لرجل بسلعة فى يده وادعى أنه رهنها منه على حق له عليه وأنكر ربهها أن يكون رهنها منه وأنكر الدين، فالقول قول رب السلعة مع يمينه لأن الذى هى فى يده معترفاً له بها ويدعى تعلق من له بعينها فلا يقبل منه إلا ببينة، ولا يكفى فى ذلك كونها بيده لأن ذلك لا يوجب تعلق حقه بها.

مسألة

نماء الرهن على ضربين: أعيان وغير أعيان، فغير الأعيان لا يدخل مع الرهن فى كونه رهنًا مع أصله، وذلك مثل الأجرة والغلة وما أشبه ذلك.

والأعيان ضربان: منها ما يتفصل ويتميز عن الأصل، ومنها ما لا يتميز، فالذى لا يتميز هو مثل كبر الصغير وسمن المهزول هذا لا خلاف أن حكمه حكم العين المرهونة، والمتميز نوعان: نوع منه نسل أو ما يجرى مجرى النسل فى الحكم فهذا يكون رهنًا مع الأصل كولد الأمة والدابة وفسيل النخل^(٣) وفراخ الشجر، والنوع الآخر لا يوصف

(١) سقطت من (أ).

(٢) سقطت من (ب).

(٣) الفسيلة: النخلة الصغيرة، القاموس المحيط (٢٩/٤).

بذلك فلا يكون رهناً مع أصله كثمار النخل والشجر وألبان الماشية وأصوافها وما أشبه ذلك.

وإنما قلنا: إن الأجرة والغلة لا يكونان رهناً لأنهما أعيان منفصلة عن الرهن لا يكون حكمهما حكم الأصل فيما يعقد عليه من عقود المنافع والإجازات فلم يدخل معه في الرهن لأن ذلك غلة وخراج والرهن تناول العين دون المنافع، ولقوله ﷺ: «الرهن بمن رهنه، له غنمه»^(١)، وذلك يفيد أنه منفرد به لا يتعلق لغيره حق فيه.

فصل

وإنما قلنا: إن ما لا يتميز مثل السمين والكبير، حكمه حكم الأصل لأنه نفس العين ليس بعين زائدة عليها، ولأنه لو نقص من العين لم يكن له حكم فكذلك إذا طرأ عليه، وإنما قلنا: النسل رهن مع الأمهات لأن كل حكم استقر في رقة الأم دون منافعها، فإنه يسرى إلى ولدها، أصله ولد أم الولد [وولد المدبرة، ولأن الأصول موضوعة على أن كل حكم يثبت في الأمهات فإن الولد يتبع أمه فيه من ذلك الزكاة، وولد أم الولد]^(٢)، والمعتق نصفه، وإلى أجل والمدبرة والمكاتب، فكذلك حكم الرهن، ولأنه نماء من جنس الرهن ومن خلقت صورته كنماء المتصل به، وإنما قلنا: إن الثمن وغيره من خروجه ليس برهن معه خلافاً لأبي حنيفة^(٣) لقوله ﷺ: «الرهن بمن رهنه، له غنمه وعليه غرمه»^(٤) وهذه الإضافة تفيد إفراده ونفى الشركة عنه، ولقوله: «الرهن محلوب ومركوب»^(٥)، وفائدة ذلك استحقاق الراهن لما يحلب منه ولأجرة ركوبه، ولأنه نماء مميز عن الأصل مخالف له بالخلق والصورة كالكسب أو لأنه نماء من غير جنسه كالأجرة.

فصل

نفقة الرهن على راهنه لأن الذي للمرتهن فيه حق التوثيق وذلك لا يستحق به نفقة عليه كال كفارة، ومنفعته وخروجه له دون مرتته لأنه على ملكه وإنما للمرتهن منه حق التوثيق وهو أخذ دينه ثمنه عند تعذر أدائه.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ما بين المعوفين سقط من (ب).

(٣) انظر الهداية للمرغيناني (٤/٤٩٨)، الاختيار للموصلي (٢/٨٤).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

فصل

إذا غصب عيناً فهى مضمونة عليه بالغصب، ويصح أن يرهنها مالكةا منه وهى فى يده قبل أن يقبضها من الغاصب، فإذا رهنها منه صارت مضمونة عليه بالرهن إن كانت مما يضمن بالرهن وزال ضمان الغصب خلافاً للشافعى فى قوله: إنه لا يزول ضمان الغصب^(١) وإن كان رهناً، لأنه عقد يقتضى إمساك العين بإذن المالك فوجب أن يتنقى حكم الغصب حال حصوله كالوديعة ولأن ابتداء إمساك العين بإذن مالكةا يمنع أن تكون مضمونة ضمان الغصب، أصله إذا ابتدأ إرهان شئ عنده ابتداءً، وإذا أقبضه منه ثم أعاده إليه، ولأن الرهن عقد يتعلق به الضمان، فإذا طرأ على الغصب سقط به ضمان الغصب، أصله البيع.

فصل

الرهن يتعلق بجملة الحق وأبعاضه، وفائدة ذلك أن يرهنه عبيدين على ألف درهم فيقبض منها تسعمائة: فإن العبدین يبقیان رهناً بالمائة الباقية ولا يستحق على المرتهن تسليمهما ولا تسليم واحد منهما، وكذلك لو أقبضه العبدین فتلّف أحدهما كان الباقي رهناً بجميع الدين، وكذلك لو كان الرهن مما ينقسم مثل أن يرهنه كُرَيْن من حنطة على مائة درهم فيقبض خمسين درهماً فلا يستحق عليه أن يرد من الرهن بقدر ما فى مقابلة الحق خلافاً لمن ذهب إلى أنه يستحق رد ما أدى بقدره، ولأن الرهن مال محبوس بحق فوجب أن يكون محبوساً بكل حق منه، أصله لو مات وعليه دين وخلف تركة، فإن بيعها محبوس على الدين، [ولا يستحق الورثة منها شيئاً إلا بأداء جميع الدين]^(٢)، ولأنه وثيقة بحق فوجب أن يكون وثيقة به وكل جزء منه، أصله الضمان.

فصل

إذا رهنه رهناً بحق له ثم أراد أن يأخذ زيادة على ذلك الحق ويكون الرهن رهناً بها جميعاً جار خلافاً لأبى حنيفة^(٣) وأحد قولى الشافعى^(٤) أنه يكون رهناً بالحق الأول دون

(١) روضة الطالبين (٩٨/٤).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) قال المرغينانى: (وتجوز الزيادة فى الرهن ولا تجوز فى الدين عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يصير الرهن رهناً بها) (٤٩٨/٤).

(٤) قال النووى : (يجوز أن يرهن بالدين الواحد رهناً بعد رهن ثم هو كما لو رهنهما معاً ولو =

الثانى، لأنه وثيقة بالحق، فإذا اشتغلت بحق جاز أن يشتغل بحق آخر مع بقاء شغلها بالحق الأول كالضمين، ولأنها زيادة فى التراهن فى حق المتراضين كالزيادة فى الرهن لأنه حق تعلق بعين يستوفى من ثمنها فيجاز أن يزاحمه فى التعلق بها حق آخر، أصله أرش الجناية إذا طرأت عليه جناية أخرى.

فصل

إذا رهن رهناً على مقدار قيمته أو أقل، فأراد أن يرهن فضله من آخر فليس له ذلك إلا بإذن مرتتهن: فإن رضى جاز وإن لم يرض نظر، فإن كان الحق بقدر الرهن^(١) أو قيمته أقل من قدر الحق لم يجز له ذلك، وإن كانت قيمة الرهن زيادة على قدر الحق، فأراد أن يرهن فضله فاختلف فيه: فقيل: إنه يجوز وإن لم يرض، وقيل: لا يجوز إلا بإذنه.

وإنما قلنا: إنه لا يجوز إذا كان بقيمة الحق إلا بإذن مرتتهن لأن فى ذلك رجوعاً عن الرهن، كما لو رهن عبيدين ثم أراد انتزاع أحدهما وذلك لأن المرتهن الثانى يزاحم الأول فى الرهن بعد تعلق حق الأول به وانفراده باستحقاقه فلم يجز إلا برضاه.

وإنما قلنا: إنه يجوز بإذن المرتهن الأول على كل وجه لأن المنع من ذلك لحقه، فإذا رضى بإسقاطه لم يبق ما يمنع لأجله، ولأنه إن كان بقدر الحق فقد رضى بأن يزاحمه غيره كالمرتهن عنده عبيدين، فأراد أن يرجع فى أحدهما أو يرهنه من آخر، فإن المرتهن إذا رضى بذلك جاز، فإن كان بأكثر من قدر الحق كان أولى بالجواز لأن الضرر مأمون فيه ووجه القول بأنه إن رضى جاز ولا يجوز بغير إذنه لأن فى ذلك إضراره ومشاركة لغيره فى حقه، وذلك رجوع فى الرهن، ولأنه رضى بحق، فإذا روجم فيه لم يجز إلا بإذن من تعلق حقه به، أصله إذا كان بقدر الحق، ووجه القول بأنه جائز وإن لم يأذن فلأنه لا ضرر عليه فى ذلك لأن حقه تقدم على حق الآخر إنما يستحق ما فضل عن قدر حقه وليس له حق فيما زاد على قدر حقه.

= كان الشيء مرهوناً بعشرة وأقرضه عشرة أخرى على أن يكون مرهوناً بها أيضاً لم يصح

على الجديده الأظهر، روضة الطالبين (٥٦/٤).

(١) ثبت فى (ب) (القيمة).

فصل

إذا رهن عبداً ثم أعتقه فلا يخلو أن يكون موسراً، فإن كان موسراً نفذ عتقه وعجل المرتهن حقه، وإنما قلنا ذلك لأن العتق مبنى على التغليب [وفى إيقاع الرهن له رضا بتعجيل الحق لأن الرجوع في الرهن غير جائز، ولا يجوز الرجوع في العتق لقوته وإنه مبنى على التغليب^(١)، فلو لم نقل أن الحق يتعجل لكان فيه رجوع الرهن عن الرهن وذلك غير جائز، فإن أراد أن يعطيه رهناً غيره، فقليل: يجوز إلى أجل الدين قاله شيخنا أبو بكر: ويشبه أن يكون برضاه، وقال ابن القاسم: ليس له ذلك وهو الصحيح لأنه ليس له أن يتلف حقه من الوثيقة إلا بأداء الدين لأن ذلك إن جُور له جاز أن يسذل الرهن بغير رضاه وذلك غير جائز، فأما إن كان الرهن معسراً، فإن العتق لا ينفذ ويبقى رهناً، فإن أفاد مالاً قبل الأجل نفذ العتق وعجل حق المرتهن على ما ذكرناه، وإن بقى على إعساره بيع العبد عند حلول الأجل، وقال أبو حنيفة: نفذ عتقه موسراً كان أو معسراً^(٢).

فدليلنا على أنه لا ينفذ مع الإعسار قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، ولأنه معنى يبطل حق الوثيقة من الرهن فلم ينفذ مع الإعسار كالبيع، ودليلنا على نفوذه مع اليسار لأنه لا يبطل حق المرتهن مع التوثق لأنه إما أن يعجل له حقه فذلك مقدم على التوثق أو أن يوضع له رهن مكانه، فحق التوثق باق لهذا فارق الإعسار.

وإنما قلنا في الإعسار: إنه إذا أفاد مالاً قبل الأجل نفذ العتق وعجل المرتهن حقه لأن المنع من نفوذه إنما كان لحق المرتهن، فإذا زال هذا المعنى لم يبق ما يمنع العتق لأجله كالياسر، وإنما قلنا: يعجل له حقه لما بيناه من أن إعثاقه رضا بتعجيل الحق، وإنما قلنا: إن بقى على إعساره بيع عند الأجل لأنه باق على الرق لأن العتق لم ينفذ فحق التوثق متعلق به.

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) قال المرغيناني: (وإن كان معسراً سعى العبد في قيمة الدين إلا إذا كان بخلاف جنس حقه ثم يرجع بما سعى على مولاه إذا أيسر)، الهداية (٤/ ٤٨٧ - ٤٨٨)، الاختيار للموصلي (٢/ ٨٩).

فصل

إذا رهن أمته لم يجز له وطؤها^(١) لأن في ذلك إعادتها إلى قبضه وتعريضاً لبطلان حق المرتهن منها لأنها قد تحمل فتكون أم ولده فلا يجوز رهنها، فإن فعل نُظر، فإن كان بإذن المرتهن بطل الرهن لأن إذنه له في التصرف رضا منه بإعادته إلى قبض الراهن، فقد بينا أن استدامة القبض من شرط صحة الرهن، وإن كان بغير إذنه فإن لم تحمل فهي رهن بحالها، وإن حملت وله مال كانت أم ولده وعجل للمرتهن حقه اعتباراً بالعتق، وإن لم يكن له مال بيعت وقضى الحق من ثمنها اعتباراً بالعتق المنجز، فإن كان ثمنها أقل من الحق أتبعه بالباقي في ذمته، وإن كان ثمنها أكثر يبيع منها بمقدار الحق وكان ما بقي بحساب أم الولد لأن الزيادة لا حق للمرتهن فيها، ولا يباع الولد بحال لأنه واطئ لأتمه داخل على حرية ولده^(٢)، وإن كان فيه شبهة على ما ذكرناه، فإن وطئها المرتهن فهو زان والحد لازم له والولد لا يلحق ويكون معها رهناً يباع ببيعها، وإنما قلنا: إنه وإن كان الوطء لا يستباح إلا بركاب أو ملك وكل ذلك معدوم وليس بواطئ شبهة، فلذلك يلزمه ما يلزم الزاني، وقلنا: إن الولد رهن معها اعتباراً بزناها بغيره، وإن وطئها بإذن الراهن وإحلالها [فذاك شبهة إن كان يظن أن مثل هذا يبيح الرطء وتلزمه قيمتها للراهن]^(٣) لتكامل أم ولد، وتكون أم ولده إن حملت ولا تلزمه قيمة الولد لأن السيد لما أباحه وطأها صار متفعلاً بها بإذنه ودخل على أن ولده حر.

فصل

نهى النبي ﷺ عن غلق الرهن^(٤)، ووصفه: أن يرهن منه رهناً على أنه إن جاءه بحقه عند أجله وإلا فالرهن له، ومتى شرط ذلك لم يصح والرهن على ملك راهنه، وإنما قلنا ذلك لنهيهِ ﷺ عن غلق الرهن والنهي يقتضي الفساد، ولأنه يبيع غرر ومجهول لأنه لا يعلم كيف يكون الرهن وقت أخذه ولا صفته، ولأنه تعليق يبيع بصفة وعقود المعاوضة لا تقف على الصفات كقوله إذا قدم زيد بعثك سلعتي هذه.

(١) المدونة الكبرى (٤/ ١٧٥)، الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨٢٠).

(٢) انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨٢٠).

(٣) الذي بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) تقدم تخريجه.

فصل

إذا باع الراهن بغير إذن المرتهن لم يجز بيعه لأن في ذلك إبطال حق الوثيقة، وإن باعه بإذنه جاز ولم يلزمه تعجيل الحق إلا بعد يمين المرتهن له أنه ما أذن له في ذلك إلا ليتعجل حقه^(١).

فصل

يصح توكيل الراهن للمرتهن في بيع الرهن وأخذ ثمنه عند حلول الأجل وتعذر أداء الحق ويكون له بيعه خلافاً للشافعي^(٢)، اعتباراً بتوكيل الأجنبي فإذا ثبت جوازها فإنها تكره عند مالك فيما له خطر ويال، ويجوز عند أشهب وإنما كرهت لأن بيعه عند الحاكم أحوط لهما وأحسم لدعوى الراهن محاباة المرتهن نفسه بترك الاستقصاء، وليكون أسلم للمرتهن.

فصل

فإن أراد الراهن فسخ وكالة الوكيل لم يكن له ذلك، وقال إسماعيل بن إسحاق: له ذلك، وهو قول الشافعي^(٣)، ودليلنا أن هذه الوكالة قد تعلق بها حق المرتهن وهو تولى بيع الرهن ليصل المرتهن إلى أخذ حقه، وفي فسخها إبطال هذا المعنى، واعتبرها إسماعيل بسائر الوكالات وبأنها من العقود الجائزة.

فصل

مال العبد ليس برهن معه لأنه ملك له دون السيد ما لم ينزعه السيد منه، ورهن العبد ليس بانتزاع ماله بخلاف البيع.

(١) انظر الكافي لابن عبد البر (٢/٨١٩).

(٢) قال الإمام الشافعي: (وإذا ارتهن الرجل من الرجل العبد وشرط عليه أن له إذا حل حقه أن يبيعه لم يجز له بيعه إلا بأن يحضر رب العبد أو يوكل معه ولا يكون وكيلاً بالبيع لنفسه فإن باع لنفسه فالبيع مردود بكل حال)، انظر الأم (٣/١٤٩).

(٣) قال الإمام الشافعي: (ولو كان الرهن على يدي عدل لا حق له في المال ووكله الراهن والمرتهن يبيعه كان له أن يبيعه ما لم يفسخا وكالته وأيهما فسخ وكالته لم يكن له البيع بعد فسخ الوكالة) الأم (٣/١٤٩).

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ]

صلى الله على محمد ^(١)

٢٠ كتاب الحجر ^(٢)

ويحجر على الأصاغر حتى يبلغوا ويؤنس منهم الرشد، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾ [البقرة: ٢٢٠]، وقوله: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، وقوله: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا﴾ [النساء: ١٠] الآية، ولأن الصغير لا يعرف حظه ولا يحسن التصرف في مال نفسه فكان كالمجنون فوجب الحجر عليه، وأن ينظر وليه في ماله [فجعل فيه بالصلاح فإذا بلغ لم يدفع] ^(٣) إليه دون أن يختبره ويعرف رشفه من فساده [وإمسكه على نفسه] من تبذيره وإضاعته لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦] فعلى انفكك الحجر بالبلوغ وإيناس الرشد، وكان الحجر عليه في الصغر إنما كان لهذا المعنى فإذا بلغ وهو على تلك الحال فالحجر عليه مستحب، واعتباراً ببلوغه مجنوناً.

فصل

إيناس الرشد الذي ينفك معه الحجر هو: إصلاح المال وضبطه وترك تبذيره وإنفاقه في وجوهه، فإذا بلغ الصبي وهو بهذه الصفة انفك حجره سواء كان فاسقاً في دينه أو

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) الحجر في اللغة: النزع مطلقاً، وفي الاصطلاح: هو صفة حكيمية توجب منع موصوفها نفوذ تصرفه في الزائد على قوته أو تبرعه بماله، انظر الصحاح (٣/٨٢٣)، شرح حدود ابن عرفة (٤١٩/٢).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ل).

عدلاً، خلافاً للشافعى فى قوله: إنه يحجر على الفاسق وإن كان مصلحاً لماله^(١)، لأن الحجر فى المال لمعنى يرجع إلى إضاعته وتبذيره لا إلى قلة الدين، ألا ترى أنه يستدى الحجر على البالغ متى وجد فيه هذا المعنى كما يستدام فى الصغير، وقد ثبت أن الفسق لو طرأ على الكبير لم يحجر عليه فكذلك إذا بلغ وهو موجود به، ولأنه معنى لا يؤثر فى تبذير ماله ولا إضاعته فلم يوجب الحجر كسائر أفعاله وتنقله فى المذاهب.

فصل

ويستدأ الحجر على الأكابر المبذرين لأموالهم خلافاً لأبى حنيفة^(٢)، لأنه إجماع الصحابة روى عن عثمان وعلى والزبير وابنه وعائشة رضى الله عنهم، وذلك أن عبد الله ابن جعفر اشترى أرضاً [سبعة بمال عظيم غبن فيه]^(٣) فقال على رضوان الله عليه: قم لأحجر عليك، فشكى [عبد الله إلى الزبير فقال: أنا شريكه]^(٤) فحمله على إلى عثمان فطلب منه أن يحجر عليه فقال عثمان: كيف أحجر على رجل شريكه الزبير^(٥)، وهذا يدل على استحقاق الحجر لولا أن شريكه ضابط لا يخاف منه الدخول فيما يتلف ماله ولم يظهر لهم مخالف، ولأن كل من فى منعه من ماله صلاح له وفى تركه معه إتلافه وإضاعته له وخوف الفقر عليه فإن الحجر عليه مستحق، أصله الصغير، ولأن البلوغ لا يمنع الحجر مع تبذير المال وإضاعته، أصله إذا بلغ مبذراً.

فصل

لا ينفك الحجر عن الصغيرة حتى تبلغ وتزوج ويدخل بها زوجها وتكون مصلحة ماله، خلافاً لأبى حنيفة^(٦) والشافعى فى قولهما: إن الحجر يفك عنها بمجرد البلوغ وإيناس الرشد من غير حاجة إلى الزواج^(٧)، لأنها بالبلوغ لم تخبر الرجال ولا عرفت

(١) ثبت فى (ب) (وإصلاحه لنفسه).

(٢) روضة الطالبيين (١٨١/٤)، الحاوى الكبير للماوردي (٦/٣٥٠).

(٣) قال الموصلى: (ولا يحجر على الحر العاقل البالغ وإذا كان سفياً ينفق ماله فيما لا مصلحة له فيه)، الاختيار (١٢٦/٢)، الهداية للمرغيناني (٣/٣١٥).

(٤) الذى بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) سقط من (ب).

(٦) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٠١/٦) ح (١١٣٣٥).

(٧) الهداية للمرغيناني (٣/٣١٩)، الاختيار للموصلى (٢/١٢٥).

المعاملات ولا تقف على إصلاح المال ووجوه الغبن فكان الحجر عليها مستصحباً حتى إذا دخل بها الزوج وعرفت الرجال وما يراد منها وبرز وجهها وعرفت المعاملات وعلم منها ضبطها لمالها فك حجرها وهذا هو الفرق بينها وبين الغلام.

فصل

حد البلوغ في الذكور: الاحتلام أو الإنبات أو أن يبلغ من السن ما يعلم أن من بلغه فقد بلغ في العادة، ولم يُحد مالك رحمه الله فيها حداً، وقال أصحابنا: مثل سبعة عشر سنة أو ثمان عشرة سنة، وهذا الأوصاف هي علامات في النساء ويزدن على الذكور بالحيض والحمل، وقال أبو حنيفة: لا معتبر بالإنبات في البلوغ^(١)، وقال الشافعي: يحكم به في المشركين، وله قولان في أنه بلوغ أو دلالة على البلوغ وفي أنه يكون بلوغاً في المسلمين أو لا^(٢)، فدللنا على اعتباره ما روى عطية عن سعد قال حكمني رسول الله ﷺ في بنى قريظة فحكمت بقتل مقاتلتهم وسبى ذراريهم فكننا نكشف عن مؤتزرهم فمن أنبت منهم قتلناه، ومن لم ينبت جعلناه في الذراري فقال رسول الله ﷺ: «حكمت بحكم الله»^(٣)، وقوله: «الجزية على من جرت عليه المراسي»^(٤)، وكذلك كتب عمر رضى الله عنه في أخذ الجزية^(٥)، وما روى عن عثمان رضى الله عنه في الغلام الذي سرق: إن كان أخضر مؤتزره فاقطعوه^(٦)، ولأننا لو قصرنا البلوغ على السن لم يكن لنا دلالة عليه فأمكن حجرها فيؤدى إلى إسقاط الأحكام فوجب اعتبار معنى رائد عليها وليس إلا ما قلناه.

فصل

دللنا على الشافعي في فصله بين المسلمين والمشركين أن كل ما جاز أن يكون بلوغاً أو دالاً على البلوغ في الكافر جاز في المسلم، أصله السن والاحتلام، ولأن دلالة على

(١) انظر الحاوى الكبير للماوردي (٣٥٢/٦)، انظر المذهب للشيرازي (٣٣١/١).

(٢) انظر الهداية للمرغيناني (٣١٩/٣)، الاختيار (١٢٥/٢).

(٣) انظر المذهب للشيرازي (٣٣٠/١)، الحاوى الكبير للماوردي (٣٤٣/٦).

(٤) أخرجه البخاري: المغازي (٤٧٥/٧) ح (٤١٢١) ومسلم: الجهاد (١٣٨٨/٣) ح (١٧٦٨/٦٤).

(٥) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢٣٣/٩) ح (١٨٧٠٠)، وهو من قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه.

(٦) تقدم تخريجه.

ذلك ليست بمعنى يرجع إلى الدين وإنما هو لمعنى يتعلق بالعادات وهذا يستوى فيه المسلم والكافر، [والخمس^(١)] عشرة سنة ليست ببلوغ ولا حداً له ، وحكى عن ابن وهب اعتبارها وهو قول الشافعي^(٢) لأن ذلك لا يخلو أن يكون معلقاً بأكثر منها فى العادة أو بأقصاه وكلا الأمرين باطل، وحديث ابن عمر مختلف عليه فيه فروى أنه ﷺ رده فى [ثلاثة]^(٣) عشرة سنة وأجازه فى أربع عشرة سنة^(٤)، ولأن ذلك يرجع إلى إطاقة القتال لا إلى البلوغ.

فصل

البالغ إذا ابتدئ الحجر عليه لم يحجر عليه إلا بحكم الحاكم خلافاً لمحمد بن الحسن^(٥)، لأنه أمر مختلف فيه محتاج إلى اجتهاد ونظر فى حاله واختبار لأمره فاحتيج فى قطعه وكونه بصفة من يلزمه الحجر إلى حكم الحاكم.

فصل

لا ينفك الحجر عن محجور عليه بحكم أو بغير حكم إلا بحكم الحاكم لأنه محتاج إلى اختبار حاله وزوال المعنى الذى حجر عليه لأجله، وسواء فى ذلك الصبى والمجنون والبالغ والمفلس، والحجر ينفك عن البكر ببلوغها ودخول الزوج بها ومعها إيناس الرشد على ما بيناه.

فصل

إذا استدان السفية بغير إذن وليه لم يلزمه بعد فك حجره وإذا استدان العبد بغير إذن سيده ثم أعتق أتبع به إلا أن يكون سيده، والفرق أن المحجور عليه لسفه حجر عليه لحق نفسه، فلو كان الدين يلحقه لم ينفع الحجر عليه شيئاً، والعبد حجر عليه لحق

(١) كذا بالأصل والصواب (خمس عشرة سنة).

(٢) روضة الطالبين (١٧٩/٤). حاشية الجمل على شرح المنهج (٣/٣٣٦).

(٣) كذا بالأصل والصواب (ثلاث عشرة سنة).

(٤) أخرجه البخارى: الشهادات (٣٢٧/٥) ح (٢٦٦٤)، ومسلم: الإمارة (٣/١٤٩٠) ح (١٨٦٨/٩١).

(٥) قال الكاسانى: (وقال محمد: يتحجر بنفس السفه من غير الحاجة إلى حجر القاضى)، بدائع الصنائع (١٦٩/٧).

سيده فإذا اعتق زال حق السيد فأتبع به .

فصل

لولى المحجور عليه بالسفه أو الصغر أن يأذن له فى التجارة فى قدر من ماله يعينه ليختبره وينظر هل تغيرت حاله وهل قد صار موضعاً لتسليم ماله إليه، وما استدان من شىء وجب فى المال بيده لأن إذن الولى له فى التجارة به يقتضى حق من يستدينه لأنه دأبه عليه ولا يلحق ذمته لبقاء الحجر فإن راد الدين على قدر ما فى يده لم ينتفع به^(١).

فصل

يصدق الوصى على ما يذكره من نفقه اليتيم إذا أتى بما يشبه ذلك إذا كان فى منزله وحضائنه^(٢)، وإن لم يكن عنده وكان عند أم أو حاضنة يدفع الوصى إليهما نفقته فعليه أن يقيم البيئة بما دفع إليهما، ونفقة الأيتام تختلف بحسب اختلاف أحوالهم وأموالهم فإن كان لليتيم مال واسع وقد ألفت النعمة والتوسعة والرفاهة وسع عليه على قدر ماله فى إدامه وكسوته، وإن كانت أمه فقيرة فالنفقة لها فى مال ابنها ولا نفقة لها إن كانت موسرة إلا أن تكون هى حاضنته، ولأنها تتشاغل به عن أمورها وتستحق عليه أجرة ولا يوجد من يقوم بحضائنه بغير أجرة فإنها تُعطى بقدر ما تستحقه من القيام عليه.

ولا بأس بتأديب اليتيم وبضربه بالرفق والمعروف إذا احتيج إلى ذلك لأن فيه مصلحة له وتأديباً وحسن تربية، لأن ولاية الوصى على اليتيم كولاية الإمام على رعيته تؤدي إلى الحظ والصلاح له فى تأديبه، فأما خلط نفقة اليتيم بنفقة الوصى فجائز إذا عادت بالرفق [والتوفير]^(٣) على اليتيم فإن عادت برفق الوصى فلا يجوز، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح﴾ [البقرة: ٢٢٠].

فصل

التجارة فى مال اليتيم جائزة إذا كان فى ذلك حظاً له لقوله تعالى: ﴿قل إصلاح لهم

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٣٤).

(٢) الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٣٤).

(٣) ثبت فى (ب) (والترفق).

خير» [البقرة: ٢٢٠] وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال: اتَّجَرُوا فى أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة»^(١) وقد ورد مرفوعاً^(٢)، ولأن ذلك نظر له ومصلحة وتنمية لماله وتعريضاً للتمير فيما أمكن من فعله به وكان فيه الحظ له جار، وسواء كان بتجارة أو شراء ضيعة أو عقار ليستغل أو ما يراه الناظر له حظاً وصلاًحاً، ولا ضمان على الوصى فى نقص إن حدث لأنه أمين.

فصل

إذا كان وصى اليتيم أو الأمين محتاجاً جاز أن يأكل من مال اليتيم بقدر أجر مثله، خلافاً لأبى حنيفة فى قوله: إنه لا يجوز له أخذ شيء من ماله^(٣)، لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦]، وروى عن عائشة رضى الله عنها قالت رخص رسول الله ﷺ لولى اليتيم أن يأكل بالمعروف^(٤)، ولأنه ناظر فى مصلحة غيره وقيم عليه فجاز له أن يأخذ بقدر الحاجة، أصله الإمام.

فصل

إذا بلغ اليتيم فطالب الوصى بماله فزعم أنه قد دفعه إليه لم يقبل منه إلا ببينة، خلافاً لأبى حنيفة فى قوله: إن القول قوله مع يمينه، لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦] فأمر الولى بالتوثق لنفسه بالإشهاد عند تسليم الأمانة التى فى يده إلى غير من ائتمنه عليها فلولا أنه يضمن متى جحد وإلا لم يكن للأمر بالتوثق فائدة، ولأنه مأمور بدفع المال المؤمن عليه إلى غير من ائتمنه عليه فوجب ألا يقبل قوله إلا ببينة مع الإنكار له، أصله المودع إذا دفع الوديعة إلى أجنبى وقال: الأجنبى لم آخذ شيئاً.

(١) أخرجه مالك فى الموطأ: الزكاة (٢٥١/١) ح (١٢).

(٢) ذكره الحافظ الزيلعى وعزاه إلى الطبرانى فى الأوسط من حديث أنس بن مالك رضى الله عنه، انظر نصب الراية (٣٣٢/٢).

(٣) قال فى الفتاوى: (والوصى مجرح فى عمل اليتيم استأجر دابة بمال اليتيم ليركب وينفق على نفسه من مال اليتيم كان له ذلك فيما لا بد له استحساناً وعن نصير رحمه الله تعالى: له ذلك وقال بعضهم لا يجوز له ذلك وهو القياس»، الفتاوى الهندية (١٥٠/٦)، الاختيار (١٣٧/٤).

(٤) أخرجه البخارى: التفسير (٨٩/٨) ح (٤٥٧٥) ومسلم: التفسير (٢٣١٥/٤) ح (٣٠١٩/١٠).

فصل

لا يجوز للمرأة ذات الزوج أن تأخذ شيئاً من مالها ولا تتصدق ولا تعتق ولا تخرجه في معاوضة أو مصلحة فيما زاد على الثلث إلا بإذن زوجها، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: إنه لا حق لزوجها في منعها^(١)، لقوله ﷺ: «لا يحل لامرأة ملك زوجها عصمتها عطية في مالها إلا بإذن»^(٢) وهذا نص، وقوله: «تنكح امرأة لدينها ومالها وجمالها...»^(٣) وذلك يفيد أن للزوج حقاً في تبقية مالها بيدها، ولأن العادة جارية بأن الزوج يتجمل بمال زوجته وله فيه معونة وتبقية، ويبين ذلك أن مهر المثل يقل ويكثر بحسب مالها وكثرته كما يقل ويكثر بحسب بروزها في الجمال، وإذا ثبت ذلك فليس لها إبطال غرض الزوج مما لأجله رغب في نكاحها وكمل لأجله صداقها.

فصل

إذا ثبت منعها من ذلك فإن زادت على الثلث: فقال مالك: رد جميعه لأنه من الضرر، وقال المغيرة: يجوز منه قدر الثلث [فلظنه الرواية اعتباراً بالمرض، وإنما أجزنا لها الثلث لأن]^(٤) الحديث مقيد في المنع بما زاد عليه، ولأن كل من منع من إخراج ماله على غير معاوضة لحق الغير الذي يعاوض عليه فإن المنع يتعلق بما زاد على الثلث، أصله المريض.

(١) قال ابن قدامة: «للمرأة الرشيدة التصرف في مالها كله بالتبرع والمعاوضة وهذا إحدى الروايتين عن أحمد وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر، انظر المغنى (٥١٨/٤).

(٢) أخرجه أبو داود: البيوع (٢٩١/٣) ح (٣٥٤٦)، والنسائي: العمري (٢٣٦/٦) ح (باب عطية المرأة بغير إذن زوجها)، وابن ماجه: الهبات (٧٩٨/٢) ح (٢٣٨٨) بنحوه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

باب

إذا طلب الغرماء الحجر على المفلس^(١) فإن الحاكم يحجر عليه خلافاً لأبى حنيفة في قوله: ليس له أن يحجر عليه بل يأخذه بقضاء الدين ويحبسه حتى يبيع ويقضى^(٢)، لأنه ﷺ حجر على معاذ وقال لغرمائه: «خذوا ما معه ليس لكم غيره»، وقال الزهري: أدان معاذ ديناً فباع رسول الله ﷺ ماله حتى قضى دينه^(٣)، وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال: ألا أن أسيفع جهينة رضى لدينه وأمانته أن يقال سبق الحاج ثم أدان مقرضاً فمن كان له عليه شيء فليحضر فإننا نبيع ماله^(٤)، ولا مخالف له فإذا ثبت استحقاق الحجر عليه فإن الحاكم يبيع ماله من عروض وعقار وحيوان وغير ذلك، خلافاً لأبى حنيفة في قوله: لا يبيع عليه العقار^(٥)، للأخبار التي رويتها وهى عامة، ولأن كل دين يباع فيه الذهب والفضة جاز أن يباع فيه العقار كنفقة الزوجات، واعتباراً بموت المفلس إذا ادعى المديان الإفلاس ولا يعلم صدق مقولته من كذبه فإن الحاكم يحبسه ليتبين أمره، والأصل في ذلك قوله ﷺ: «لئى الواجد يحل عرضه وعقوبته»^(٦) والعقوبة ها هنا الحبس، وروى أنه ﷺ: «حبس فى تهمة»^(٧)، وقد حبس كثير من الصدر الأول.

- (١) قال الفيروزآبادى: (يقال أفلس إذا لم يبق له مال كأنما صارت دراهمه فلساً أو صار بحيث يقال ليس معه فلس وفلسه القاضى تغليساً حكم بإفلاسه). القاموس المحيط (٢/٢٣٨).
- وفى الاصطلاح قال فى الحدود: (قال الشيخ رحمه الله التفليس أخص وأعم فالتفليس الأخص حده بقوله: «حكم الحاكم بخلع كل ما للمدين لغرمائه لعجزه عن قضاء ما لزمه»، والأعم «قيام ذى دين على مدين ليس له ما يفى به. شرح حدود ابن عرفة (٢/٤١٧).
- (٢) الهداية للمرخينانى (٣/٣١٩-٣٢٠)، الاختيار للموصلى (٢/١٢٩).
- (٣) أصله عند مسلم بلفظ «خذوا ما وجدتم. وليس لكم إلا ذلك»، أخرجه مسلم: المساقاة (٣/١١٩١) ح (١٥٥٦/١٨)، وأبو داود: البيوع (٣/٢٧٤) ح (٣٤٦٩)، والترمذى: الزكاة (٣/٣٥) ح (٦٥٥).
- (٤) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٦/٨١) ح (١١٢٦٥).
- (٥) الاختيار للموصلى (٢/١٢٩)، الهداية للمرخينانى (٣/٣٢٠).
- (٦) أخرجه أبو داود: الأقضية (٣/٣١٢) ح (٣٦٢٨)، والنسائى: البيوع (٧/٢٧٨) ح (باب مطل الغنى)، وابن ماجه: الصدقات (٢/٨١١) ح (٢٤٢٧).
- (٧) أخرجه أبو داود: الأقضية (٣/٣١٣) ح (٣٦٣٠)، والترمذى: الديات (٤/٢٨) ح (١٤١٧)، وقال: حسن. والنسائى: السارق (٨/٥٩) (باب امتحان السارق بالضرب والحبس).

فصل

والحبس موكول إلى اجتهد الحاكم على قدر ما يغلب في ظنه من تهمة الغريم من غدره وإلطائه^(١) وتغيب ماله وليس بمقدر بمدة محصورة خلافاً لأبى حنيفة في تقديره إلى شهرين أو ثلاثة^(٢)، لأن الغرض هو اعتبار حاله وتبين إعساره من إيساره، والعلم بذلك ربما وقع في المدة اليسيرة وربما وقع بالمدة الطويلة فوجب ألا يتقدر إلا بغلبة الظن.

فصل

إذا ثبت عسره خلى سبيله ولم يكن للغرماء أن يعرضوا له إلى يسره خلافاً لأبى حنيفة في قوله لهم أن يلازموه لا على معنى أنهم يطلبونه ولكنهم يكونون معه يدورون حيث دار^(٣)، ودليلنا قوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة: ٢٨٠] وذلك ينفي الملازمة لأنها في معنى الحبس، وقوله ﷺ: في رجل ابتاع ثمرًا فأصيب به فقال عليه الصلاة والسلام: «تصدقوا عليه»، فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال: خذوا ما معه ليس لكم غيره^(٤)، ولأن المعسر ليس لغرمائه مطالبته بالدين ومن لا تلزم مطالبته بالدين لم تجب ملازمته كالذى عليه دين مؤجل، لأن الحبس لما زال عنه لثبوت عسره فكذلك الملازمة.

فصل

لا تجوز إجارة المفلس وإن كانت له صنعة يتكسب بها خلافاً لأحمد^(٥) وغيره، لقوله

(١) يقال: لط أى جحد ولططت الشئ عنه جحدته، القاموس المحيط (٢/٣٨٣).

(٢) ليس هذا تحديداً، بل يحبس مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من أن تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدرة بما ذكره من شهرين أو ثلاثة، ويروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة إلى ستة أشهر. قال الشيخ المرغيناني: والصحيح أن التقدير مقوض إلى رأى القاضى لاختلاف أحوال الأشخاص فيه، انظر الهداية للمرغيناني (٤٣/١١٦).

(٣) لقول النبى ﷺ: «لصاحب الحق يد ولسان»، أراد باليد الملازمة، وباللسان التقاضى، انظر الهداية للمرغيناني (٤٣/٣٢١).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) قال شيخ الإسلام موفق الدين: ولو كان المفلس ذا صنعة يكسب ما يمونه ويمون من تلزمه =

تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، ولأنه ابتداء تملك فلا يجبر عليه كالهبة والوصية، يحبس في الديون الثابتة كلها المعارضة وغيرها لاستحقاق جميعها ووجوب المطالبة بها.

= مؤنته أو كان يقدر على أن يكسب ذلك بأن يؤجر نفسه أو يتوكل لإنسان أو يكتسب من المباحات ما يكفيه لم يترك له من ماله شيء، انظر المغنى لموفق الدين (٤/٤٩٧)، وفيه دليل على جواز إجارتها. والله أعلم.

باب

يحل الدين المؤجل بالموت خلافاً للحسن وغيره^(١) لأنه لو لم يحل لم يخل أن يكون متعلقاً بذمة الميت وذلك باطل بخرابها أو بضمم الورثة وذلك غير جائز لأنه لا شيء يوجب، ولا يلزم صاحب الدين الرضا بذمتهم وتسليم الشركة إليهم، ولأن الدين متقدم على الميراث أو ينتقل إلى التركة ويمنع من أخذه إلى حلول الأجل، فلا فائدة في ذلك ولا نفع للورثة، وإنما هو تعريض المال للتلف فقط، فلم يبق إلا حلوله وتسليمه إلى الغريم.

فصل

ويحل بالفلس خلافاً للشافعي^(٢)، لأن الفلس يوجب تفرقة المال بين غرمائه كالديون الحالة، ولأنه معنى يوجب تعلق الديون التي في الذمة بأعيان الأموال كالموت.

فصل

والديون التي للميت أو للفلس لا تحل بل تبقى إلى أجلها، لأن محالها المتعلقة بها لم تبطل ولم تغب، وإنما حلت الديون التي عليه لبطلان محلها وغيبته.

فصل

ومن باع سلعة فأفلس المبتاع قبل أن يقبض البائع ثمنها فالبائع إن وجدها لم تفت مخير بين أن يأخذها بالثمن الذي باعها به، وبين تركها ومحاسبة الغرماء، وإن كان قبض بعض ثمنها فله الخيار بين رد ما أخذ والرجوع بها، أو التمسك بها والخصاص بما بقي، ولو مات المشتري لم يكن للبائع أخذ السلعة.

(١) وهو رواية للإمام أحمد، وهو قول ابن سيرين وعبيد الله بن الحسن، وإسحاق، وأبي عبيد وقال طاوس وأبو بكر بن محمد والزهرى وسعيد بن إبراهيم: الدين إلى أجله، وحكى ذلك عن الحسن، انظر المغنى لموفق الدين (٤/٤٨٥-٤٨٦).

(٢) أى: على المشهور، لأن الأصل حق مقهور له فلا يفوت. وله قول كالمالكية، انظر روضة الطالبين (٤/١٢٨).

فصل

وإنما قلنا إنه أحق بعين ماله في الفلاس خلافاً لأبي حنيفة^(١)، لقوله ﷺ: «أيما رجل أفلس فأدرك رجل ماله بعينه فهو أحق به»^(٢)، ولأن فلس المبتاع بثمن المبيع مع بقاءه على صفته وعدم تعلق حق الغير به يوجب للبائع حق الفسخ، أصله قبل القبض.

فصل

وإنما قلنا: إنه له تركها أو المحاصة لأن أخذها حق له غير مستحق عليه فإذا لم يختار لم يجبر عليه، وإنما قلنا: له أخذها وإن قبض بعض الثمن إذا رد ما قبضه خلافاً للشافعي^(٣)، لعموم الخبر، ولأن الرجوع بسلعته إذا لم يقبض شيئاً من الثمن إنما وجب له لقوة سببه بوجود عين ماله وذلك يستوى فيه الفلاس بجميع الثمن أو ببعضه.

وإنما قلنا إنه يكون في موت المشتري أسوة الغرماء خلافاً للشافعي^(٤)، لقوله ﷺ: «فإن مات فالبائع أسوة الغرماء»^(٥) ففرق بين الموت والفلس، ولأن حظ البائع تقديمه على غيره من الغرماء لا إسقاط الغرماء واستبداده، والفرق بين الفلاس والموت أن في الفلاس الذمة باقية يرجع الغرماء إليها ومع الموت تبطل الذمة فيكون ذلك إسقاطاً لباقي الغرماء.

فصل

إذا جمع الحاكم مال المفلس لبيعه لغرمائه فتلف قبل بيعه فالتلف من المفلس وديون الغرماء ثابتة [لأن تلفه]^(٦) كان على ملك المفلس قبل انتقاله إلى ملك الغرماء، ولا شيء

(١) وعنده يكون المبيع أسوة للغرماء فيه، انظر الهداية للمرغيناني (٣/٤٣٢).

(٢) أخرجه البخاري: الاستقراض (٥/٧٦) ح (٢٤٠٢)، ومسلم: المساقاة (٣/١١٩٣) ح (١٥٥٩/٢٢).

(٣) نعم، فمذهبنا نحن الشافعية أنه يرجع بحصة ما بقى من الثمن، لأنه إذا رجع بالجميع إذا لم يقبض جميع الثمن رجع في بعضه إذا لم يقبض بعض الثمن، انظر المذهب للشيرازي (٣٢٣/١).

(٤) نعم، فعندنا يسترجع البائع ماله، انظر، الحاوي للماوردي (٦/٢٧٣).

(٥) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/٢٨٥) ح (٣٥٢٠)، وابن ماجه: الأحكام (٢/٧٩١) ح (٢٣٦١) بنحوه، ومالك في الموطأ: البيوع (٢/٦٧٨) ح (٨٧) مرسل.

(٦) سقط من (١).

على الحاكم لأنه أمين، فإن باعه الحاكم [كان قابضاً] لهم وقد برىء المفسس منه.

وقال محمد بن عبد الحكم: الضمان من المفسس حتى يقبضه الغرماء لأن الغرماء إنما يضمنونه بالقبض دون البيع^(١)، والأول أصح^(٢)؛ وفرق عبد الملك بين أنواع المال فقال: إن كان ذهباً أو ورقاً ودينه من جنسه فالتلف بعد جمعه من الغرماء لأنه لم يبق إلا تسليمه إليهم وقبض الحاكم هو قبض لهم فضمنان الذهب ممن دينه ذهب وضمنان الورق ممن دينه ورق، وإن كان عروضاً فتلفها من المفسس لأن الغرماء يستحقون أثمانها دون أعيانها^(٣).

فصل

الصناع إذا قبضوا السلع وأفلس أربابها فهم أحق بها في ديونهم إذا كانوا قد عملوها في الموت والفلس لقبضهم إياها وحوزهم لها كالرهن، وكذلك لو استأجر أرضاً يزرعها ثم مات أو أفلس قبل قبض الأجرة فربها أحق بالزرع، وكذلك لو استأجر داراً للسكنى ولم ينقذ أجرتها وسكنها بعض السنة ثم أفلس فربها أحق بما بقى من مدة الإجارة ويحاص الغرماء بما مضى من السكنى، وكذلك ما يرد من مسائل هذا الباب.

(١) ورواه أشهب عن الإمام مالك، انظر الكافي لابن عبد البر (٢/٨٢٨).

(٢) وهو ظاهر كلام ابن عبد البر، انظر الكافي (٢/٨٢٨).

(٣) وقال ابن القاسم: إذا أفلس الرجل وخلع من ماله لغرمائه، وجمع لبيع للغرماء وحال الحاكم بينه وبينه، فما تلف من المال فمصيبته من الغرماء لأنه قد وجب لهم. قال ابن عبد البر: ولم يفرق بين الثمن وغيره من ماله، انظر الكافي (٢/٨٢٨).

باب

إذا أجز العبد فأدان بغير إذن سيده فللسيد فسخ الدين عنه بما له كسبه وله انتزاع ماله فليس لغرمائه إتلاف ماله على سيده واستبدادهم به، فإن أعتق العبد اتبعه الغرماء لزوال حق السيد عنه بعد عتقه، وله أن يسقط الدين عنه لأن تبقيته عليه يعيبه إذا أراد بيعه والذي دانه هو الذى عرض ماله للتلف فإذا أسقطه عنه لم يتبعه الغرماء بعد العتق.

فصل

إذا أذن له فى التجارة جاز: فإن أفلس فدينه فى ذمته وفى ماله الذى فى يديه لأن الغرماء دائنوه على ماله وذمته^(١)، ولأن السيد لما أذن له فى التجارة كان ذلك رضا منه بتعلق الديون بماله وذمته، وليس لسيد انتزاع ماله لأن غرماء العبد أولى بماله من سيده لأنهم دائنوه على ماله، ولأن بمنزلة عين مالهم ولو أفلس السيد كان غرماء العبد أولى بمال العبد من غرماء السيد، وغرماء السيد أولى برقة العبد لأن رقة العبد ملك لسيد لا حق فيها لغرماء العبد، وإذا دابن السيد عبده كان كأحد الغرماء يقاص بدينه كما يقاص سائر الغرماء^(٢).

فصل

ليس لغرماء العبد المأذون سبيل على رقبته ولا على مال سيده^(٣)، خلافاً لأبى حنيفة فى قوله: إن لهم بيعه^(٤)، ولأن الدين الحاصل عن مراضاة لا يتعلق بالرقبة وإنما يتعلق

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٣٠).

(٢) وذلك بأن باع منه سيده بيعاً يشبه بياعات الناس، وقامت بذلك بينة فيضرب مع الغرماء بدينه. لكن لا يحاص السيد غرماؤه بشيء مما استأجره به، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٣٠).

(٣) إلا أن يضمن شيئاً عنه، فيؤخذ به، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٣٠).

(٤) ووجهه، أن الواجب فى ذمة العبد ظهر وجوبه فى حق المولى، فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك، والجامع دفع الضرر عن الناس، وهذا لأن سببه التجارة وهى داخله تحت الإذن، وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضاً للمولى، ويتعدم الضرر فى حقه بدخول المبيع فى ملكه، وتعلقه بالكسب لا ينافى تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما =

بالمال أو بالذمة كالحرق إذا دأب ثم أفلس فإن رقبته لا تباع ولا تؤاجر، ولأن الغرماء إنما يداينون على مال العبد لا على مال غيره ورقبته ليست بمال له، وإنما قلنا إنه لا سبيل لهم على السيد لأن السيد إنما أذن له في التجارة بالمال المدفوع إليه دون غيره إلا أن يضمن السيد عنه فليزمه الضمان.

= غير أنه يبدأ بالكسب في الاستيفاء إيفاء لحق الغرماء وإبقاء لمقصود المولى، وعند انعدامه يستوفى من الرقبة، انظر الهداية للمرغيناني (٣٢٨/٤-٣).

[بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ] ^(١)

٢١ كتاب الصلح ^(٢)

الأصل فى جواز الصلح قوله تعالى: ﴿وَالصَّلَاحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨]، وقوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً» ^(٣)، ولأن فيه قطعاً للخصومة وداعياً إلى التواصل والألفة.

فصل

وهو عندنا جائز على الإقرار والإنكار خلافاً للشافعى فى قوله: إنه لا يجوز مع الإنكار ^(٤)، لقوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً» ^(٥)، فعم، ولأنها دعوى ما لم يحكم ببطالانها فجار الصلح معها، أصله مع الإقرار، ولأنها أحد حالى المنكر كالإقرار، ولأن كل صلح جار مع الإقرار جار مع الإنكار، أصله الإبراء، ونفرض الكلام فى أن افتداء اليمين جائز وهو أن يلزم أحد المتداعيين اليمين فيبذل المدعى عليه للمدعى شيئاً على ألا يحلفه.

(١) سقطت من (ب).

(٢) الصلح بالضم السلم والصلاح ضد الفساد، القاموس المحيط (١/٢٣٥)، وهو «انتقال عن حق أو دعوى يعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه»، شرح حدود ابن عرفة (٢/٤٢١).

(٣) أخرجه أبو داود: الأفضية (٣/٣٠٢) ح (٣٥٩٤)، عن أبى هريرة رضى الله عنه، والترمذى: الأحكام (٣/٦٢٥) ح (١٣٥٢)، وابن ماجه: الأحكام (٢/٧٨٨) ح (٢٣٥٣)، من حديث

عمرو بن عوف عن أبيه عن جده - به. وقال الترمذى: حسن صحيح.

(٤) قال الإمام الشافعى: (وإذا كان المدعى عليه ينكر فالصلح باطل وهما على أصل حقهما)، الأم للشافعى (٣/١٩٧)، روضة الطالبين (٤/١٩٨).

(٥) تقدم تخريجه.

والدليل على جوار ذلك أنه مروى عن عثمان وابن مسعود^(١) ولا مخالف لهما، ولأن المدعى عليه لا يخلو أن يكون محققاً في إنكاره أو مبطلاً فإن كان مبطلاً فقد أحسن إذ لم يحلف على باطل ودفع الحق، وإن كان محققاً فقد دفع عن نفسه شر المدعى وتبذله إياه ونزه نفسه عن اليمين التي تثقل على أهل المروءات والدين وتستبق الظنة إلى المقدم عليها.

فصل

الصلح على ضربين: منه معاوضة كالبيع فهذا حكمه حكم البيع يدخله من الجوار والمنع ما يدخل البيع، ومنه إسقاط وإبراء^(٢).

فأما القسم الأول: فهو أن يدعى على غيره شيئاً ثم يبيعه منه فلا يجوز إلا في معلوم ولا يجوز أن يفسخ في دين إذا كان المدعى ديناً، ولا في طعام قبل قبضه، ولا عن دعوى في جنس بائنين من جنسه إلى أجل، ولا عن مجهول ولا غرر، ولا على ضعف وتعجل قبل حلول الأجل، وجملته أنه يمتنع فيه ما يمتنع في البيع.

فأما القسم الثاني: فهو وضع بعض الحق المدعى وإبراء منه مثل أن يكون على رجل مال حال فيصالحه على بعضه وإسقاط باقيه، وإن كان مؤجلاً فلا يجوز أن يصالحه قبل حلوله على تعجيل بعضه وإسقاط باقيه ويجوز أن يصالحه عن ذهب له على ورق يأخذها منه نقداً، وعلى ذهب عن ورق لا يجوز الرجوع بها لأن ذمة الغريم قد برئت^(٣).

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢٩٧/١٠) ح (٢٠٦٩٨).

(٢) انظر الكافي لابن عبد البر (٨٧٩/٢).

(٣) المدونة الكبرى (٣٤٥/٣).

باب

ومن أحيا أرضاً ميتة^(١) غير مملوكة لمسلم^(٢) ولا ذمى بالوجه الذى يكون إحياء لمثلها من بناء أو حفر بئر و جصبها أو غرس أو غير ذلك من وجوه الإحياء وأنواع العمارة فهى له إذا كانت فى فيافى^(٣) الأرض وفلواتها^(٤) بعيدة من العمران والمواضع التى لا يتشاح الناس فيها من غير حاجة إلى استئذان الإمام، وأما إن كانت بقرب العمران فى حيث يتشاح الناس فلا يجوز إلا بإذن الإمام، والأصل فى جواز الأحياء قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهى له»^(٥) وهذا نص، وإنما لم نشترط إذن الإمام فيما بعد عن العمران خلافاً لأبى حنيفة^(٦)، لهذا الخبر وهو عام، ولقوله ﷺ: «من أحاط على أرض فهى له»^(٧)، ولأنه ليس فى ذلك إتلاف حق غيره ولا ما يؤدى إلى التخاصم والعداوة فكان مملك بالإحياء مباحاً كتمليك الحشيش والصيد بالأخذ، وإنما شرطنا إذن الإمام فيما قرب من العمران خلافاً للشافعى^(٨)، لأن ما قرب من البلد فى حكم فئائه فالانتفاع به مشترك بين أهل البلد من الاحتطاب فيه والاصطياد والرعى وغير ذلك من وجوه الإرفاق فلو أُجيز لكل واحد اقتطاعه لأضر ذلك بأهل البلد فلم يكن بد من نظر الإمام ليكون كالحكم لمن يحييه، فإذا أحيا أرضاً ثم خربت ودثرت وعادت إلى ما كانت عليه ثم أحياها آخر بعده فهى للثانى دون الأول بناء على الصيد إذا أفلت وعاد إلى الاستيحاش ولحق وطال زمانه وقد بيناه.

-
- (١) قال فى الرصاع: (لقب لتعمير الأرض بما يقتضى عدم انصراف العمر عن انتفاعه بها)، شرح حدود ابن عرفة (٥٣٥/٢).
- (٢) ثبت فى (ب) (لم تكن لمسلم مملوكة).
- (٣) الفيافى: جمع فيف، المكان المستوى أو المفازة لا ماء فيها، القاموس المحيط (١٨٢/٣).
- (٤) الفلاة: القفر أو المفازة لا ماء فيها، القاموس المحيط (٣٧٥/٤).
- (٥) أخرجه أبو داود: الإمارة (١٧٤/٣) ح (٣٠٧٣)، والترمذى: الأحكام (٦٥٣/٣) ح (١٣٧٨) وقال: حسن غريب.
- (٦) انظر الهداية للمرغينانى (٤٣٥/٤)، الاختيار للموصلى (٣٢٦/٢).
- (٧) أخرجه أبو داود: الإمارة (١٧٥/٣) ح (٣٠٧٧)، وأحمد: المسند (١٧/٥) ح (٢٠١٥١)، انظر تلخيص الخبير (٧١/٣) ح (٣).
- (٨) المهذب للشيرازى (٤٢٣/١)، روضة الطالبين (٢٧٨/٥).

فصل

حريم البئر^(١) ليس فيه حد إلا الاجتهاد وما يعلم أنه لا يضر بالبئر الأول، وذلك يختلف باختلاف الأراضى والمواضع من الصلابة والرخاوة: فما علم أنه لا يضر بما تقدمه جاز، وما علم فيه ضرر منع، وذلك فى الآبار التى تحفر فى الصحارى والفلوات للماشية، فأمّا إذا أراد أن يحفر بئراً فى ملكه بقرب من بئر جاره ويخاف منه الإضرار بها فإن كان له مندوحة عنه وسعة فليس له ذلك لأن قصده حيثث الإضرار بجاره من غير ضرورة فلا يترك فى ذلك، والأخرى أنه يجوز له فعله.

فوجه الأولى: قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢)، واعتباراً به إذا كانت له مندوحة عنه، ولأن الضررين إذا تقابلا فالأول أولى بالمراعاة لفضل السبق، ووجه الثانية: أن للإنسان أن يتصرف فى ملكه بما يحتاج إليه من وجوه التصرف، ولا يجب أن يمنع لحق الغير لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر ولا أن يراعى فضل السبق لأن الأول قد عرض تصرفه للبطلان إذا علم أن لجاره أن يتصرف فى ملكه.

فصل

الآبار المحفورة فى البرارى وحيث لا ملك لأحد عليها ليس لأحد أن يمنع فضل مائها^(٣)، لأن الناس كلهم شركاء فيها، ولقوله ﷺ: «الناس شركاء فى ثلاث: فذكر الماء والكلاء...»^(٤) وإن كان هو الذى حفرها فى ذلك الموضع فليس له منع فضلها، فالذى يحتاج إليه أولى فإذا استغنى وحصل له قدر كفايته كان ما بقى للمسلمين ولم يكن له منع الفضل خلافاً لمن جعل له ذلك: لأن آبار الماشية التى تحفر فى البرارى إنما تحفر للسبيل وليستفيع بها الحافر وغيره ولا تُحفر للتمليك والإحياء، ولأنه ليس لأحد أن يحبس فى المواضع التى يتشاح الناس فيه بغير إذن الإمام لقوله ﷺ: «لا حصى إلا لله ولرسوله»^(٥)، وإذا منع الماء الفاضل عن قدر حاجته كان ذلك منعاً من الرعى لأن أحداً

(١) حريم البئر وغيرها: ما حولها من مرافقها، المطلع (ص ٣٨١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر المدونة الكبرى (٤/٣٧٤).

(٤) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/٢٧٦) ح (٣٤٧٧)، وابن ماجه: الرهون (٢/٨٢٦) ح (٢٤٧٢)، وانظر تلخيص الخبير. (٣/٧٤) ح (١٧).

(٥) أخرجه البخارى: المساقاة (٥/٥٤) ح (٢٣٧٠)، وأبو داود: الإمارة (٣/١٧٧) ح (٣٠٨٣).

لا يرعى إلا على ماء، فإذا ثبت ذلك فليس له أخذ عوض عليه لأن حفرها على وجه السبيل على ما بيناه لأن الموضع ليس بملك له ولا حفرها على وجه الإحياء فتكون ملكاً له، فإذا ثبت هذا فإنما يلزمه بذل ما راد على قدر كفايته ويكون أحق بما يحتاج إليه منه لأنه إنما حفرها هو ليختص هو بمنفعتها أو قدر ما يحتاج إليه منها، ولأنه ﷺ نهى عن منع فضل الماء^(١)، وذلك عما راد على قدر الكفاية، فأما إن حفر بئراً على وجه التملك والإحياء لينى ويغرس فى ذلك الموضع فله منع ما فضل من مائها لأن المكان يملك بالإحياء بئراً فى أرضه أو داره فإن البئر ملكه لأنه أحدثها فى ملكه، وكذلك إذا ابتاع الدار والأرض وفيها البئر فإن البئر مع الأرض ملكاً له فالماء الذى فيها ملكه فله منعه إلا بعوض كسائر أملاكه إلا أن تنهدم بئر جاره وله ررع يخاف عليه التلف فإنه يلزمه أن يبذل له فضل مائه ليحى به زرعه ويجبر على ذلك لأن فيه إحياء ررع وإعانة من حيث لا ضرر عليه ببذله كما لزمه لشربه إذا اضطر إليه، ويقال لصاحب الزرع: خذ أنت فى إصلاح بئرك وهذا إذا كان صاحب الزرع قد ررع على أصل ماء ثم اضطر بأن انهارت بئرُه وانقطع ماؤه، وأما إن كان ابتداء الزرع على غير ماء اتكالا على جاره فإن لجاره أن يمنعه لأن الماء ملك له فلا يلزمه بذله إلا إذا شاء ما لم تكن ضرورة لها هنا لا ضرورة لأن الزارع هو الذى أتلف ررع نفسه حين ررع على غير ماء، وكذلك إذا ررع على ماء فانقطع، وإنما قلنا: إن على جاره أن يمكنه من فضل مائه وأن ذلك يلزمه ويتشاغل هو بإصلاح بئرِه، فأما إن ترك التشاغل بإصلاح بئرِه اتكالا على بئر جاره لم يلزم جاره فضل الماء لأنه كمن زرع ابتداء على غير ماء، وقد اختلف أصحابنا فيه إذا أجبرناه على بذل الماء لجاره عند انقطاع مائه هل له مطالبته بعوض أم لا: فإذا قلنا ليس له فلا أن ذلك حق على الجار على طريق الإعانة مع كون أصله مباحاً كما لو احتاج إليه للشرب وإذا قلنا: إن له منعه فلا أن وجوب البذل لا يتضمن الإلتاف اعتباراً بالعلم.

فصل

وينبغى لمن سألَه جاره أن يغزر خشبة فى جداره أن يجبيه إلى ذلك ولا يمنعه، فإن أبى لم يجبر عليه، وإنما استحبيناه له لقوله ﷺ: «لا يمنعن أحدكم أخاه أن يضع خشبة على جداره»^(٢)، ولأن فى ذلك رقاً بالجار ومعونة له وهو من مكارم الأخلاق ومعالي

(١) أخرجه البخارى: المساقاة (٣٩/٥) ح (٢٣٥٣) ومسلم: المساقاة (٣/١١٩٨) ح (١٥٦٦/٣٦).

(٢) أخرجه البخارى: المظالم (١٣١/٥) ح (٢٤٦٣) ومسلم: المساقاة (٣/١٢٣٠) ح (١٦٠٩/١٣٦).

الأمر مع الوصية بالجار وحسن المجاورة، وإنما قلنا: لا يقضى بذلك عليه خلافاً لمن أوجبه، لقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»^(١) ولأن الحائط ملك له فلم يكن عليه بذله لغيره ليتصرف فيه كما لو أراد أن يفتح فيه باباً أو كوة.

فصل

وإذا أذن له في ذلك ثم طالبه بقلعه: فإن كان لحاجته إلى بناء جداره أو لأمر لا بد له منه كان له ذلك لأنه لم يكلف من حق الجار ما يضر نفسه كما لا يكلف بذل مائه لزرع جاره وهو محتاج إليه، وإن لم يكن به ضرورة إليه وإنما أراد الإضرار بجاره وأذيته لم يمكن من ذلك، ويفارق حال الابتداء لأنه إذا لم يأذن في الابتداء فلم يتعلق عليه حق فإذا أذن فقد ضمن بقية ما أذن فيه على الوجه الذي يؤدي إلى مثله في العادة فليس له الرجوع فيه.

فصل

إذا ما أراد الرجل أن يفتح في جداره المنفرد بملكه كوة^(٢) ليضئ منها منزله فله ذلك لأنه به حاجة إلى ذلك وليس لجاره منعه مما يحتاج إليه ولا يضر به، فأما إن كان يتشرف منها على جاره فيمنع منه لأن في ذلك إضراراً بالجار، ولأن الحائط وإن كان ملكه فليس له أن يفعل فيه ما يضر بالغير ابتداءً مما لا ضرورة فيه.

فصل

علو الدار التي بين اثنين مملوك سقفه لصاحب الدار لأن عليه إصلاحه ورم شعثه ويناؤه إن انهدم ولصاحب العلو حق الجلوس عليه، وإنما قلنا: إن عمارته على صاحب السفلى لأن السقف ملك له وحق الأعلى فيما راد عليه لأن البيت لا يكون بيتاً إلا بسقفه في العادة، وإذا ثبت ذلك لزم لصاحب السفلى من الانتفاع ورم الشعث من السقف أجبر على ذلك أو على البيع ممن يبنى وإلا أدى إلى إبطال ملك الأعلى.

(١) أخرجه الدارقطني: سننه (٢٦/٣) ح (٩٢) والبيهقي في الكبرى (٦/١٦٦)، ح (١١٥٤٥)، وانظر تلخيص الحبير (٣/٥٢) ح (٤).

(٢) الكوة: الخرق في الحائط، القاموس المحيط (٤/٣٨٤).

فصل

وإن تنازعا السقف حكم به لصاحب السفلى خلافاً للشافعى فى قوله: إنه يكون بينهما^(١)، لأن السقف محمول على ملك صاحب السفلى غير متيقن ملكه لغيره فإذا تنازعا عليه حكم به لمن هو على ملكه كالحمل على الدابة يدعيه مالك الدابة وأجنبى، ولأن العرف جار بأن البيت إنما يكون بيتاً بسقفه وأن الناس لا يسكنوه إلا مسقفاً، والحكم عند التنازع لمن شهد له العرف، ولأنه لو باع بيتاً لدخل سقفه فى البيع بالإطلاق فعلم أنه منه وكذلك إذا قُسم بأنه يقسم سقفه.

فصل

إذا تنازعا حائطاً بين دارين حكم به لمن يشهد له العرف بأن يكون قد فعل فيه ما يفعل الملاك فى أملاكهم ويتصرفون غالباً فيه من الرباط ومعاهد القمط^(٢) ووجوه الأجر واللبن وما أشبه ذلك، وقال الشافعى: لا يحكم بشيء من ذلك بل يكون بينهما^(٣)، ودليلنا قوله تعالى: ﴿وأمر بالعرف﴾ [الأعراف: ١٩٩]، وروى أن رجلين تنازعا جداراً فحكم رسول الله ﷺ بالجدار لمن إليه معاهد القمط^(٤) ولأن العادة أن مثل هذا التصرف إنما يكون من الملاك فوجب أن يكون الحكم لمن شهد له العرف، وكما يجب مثل ذلك إذا تنازعا فى النقد أو صفة السير أو مقدار الحمولة.

فصل

الحائط المشترك ليس لأحد الشريكين أن يتصرف فيه ولا أن يحدث فيه شيئاً إلا بإذن

(١) قال الشيرازى: (وأما السقف فهو بينهما وما ينفق عليه فهو من مالهما)، المهذب (١/٣٣٧)، الأم للشافعى (٢٠١/٣).

(٢) معاهد القمط: المعاهد واحدها معقد بكسر القاف على أنه موضع العقد ويفتحها على أنه العقد نفسه والقمط بكسر القاف: ما يشد به الأخصاص قاله الجوهري، وحكى العدوى فى «الغريبين» أنه «القمط» بوزن عتق جمع قماط: وهى الشرط التى يشد بها الخصم ويوثق فيه من ليف أو خوص أو غيرهما، المطلع (ص/٤٠٤).

(٣) ذكره الإمام الشافعى فى الأم (٢٠٠/٣).

(٤) أخرجه ابن ماجه فى الأحكام (٢/٧٨٥) ح (٢٣٤٣)، وفى الزوائد: نمران بن جارية. ذكره ابن حبان فى الثقات، وقال ابن القطان: حاله مجهول وقال السندى: دهشم بن قران تركوه، وشذ ابن حبان فى ذكره فى الثقات، والقمط: تقدم تفسيره، والله أعلم.

شريكة، لأنه ليس لأحد أن يتصرف في ملك غيره بغير إذنه وحقه غير متميز من حق الشريك فكان كالثوب والعبد، فإن انهدم وكان يستره لهما فأراد أحدهما بناؤه وأبى الآخر ففيها روايتان: إحداهما إجبار الممتنع، والأخرى نفى إجباره، فوجه إثباته قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(١) وفي ترك البناء بالشريك لأنه يطلع عليه ويتشرف على منزله، ولأنه لو أراد أن يفتح كوة ويشرف منها عليه لم يكن له ذلك وهذا بمنزلة، ووجه نفى: أن أحداً لا يجبر على البناء في حقه كما لو انفرد به وليس إذا تعلق بذلك حق الشريك يوجب إجبار الشريك الآخر عليه لأن حق الشريك هو منع هذا من الاطلاع عليه فأما في وجوب البناء فلا، وإذا ثبت أنه لا يجبر فإنهما يقتسمان العرصه^(٢) ثم يبنى من يشاء منهما لنفسه، والبئر بين اثنين إذا غارت فإصلاحها عليهما فإن أبى أحدهما فإنما يتخرج على روايتين كالجدار.

فصل

من له مسيل ماء على سطح لرجل فالنفقة للسطح على مالكة دون من له حق المسيل، ومن له شرب في بستان لرجل فاحتاجت ساقيته أو نهره إلى نفقة فهي عليهما جميعاً^(٣)، قال: والفرق أن صاحب المسيل له حق مرور الماء على [السطح فعلى صاحب]^(٤) السطح تمكنه من ذلك وليس له ملك في السطح فلم تلزمه نفقة عليه، وليس كذلك صاحب الشرب لأن موضع الماء ملك بينه وبين صاحب البستان فلذلك لزمه الإنفاق على الساقية معه.

فصل

إذا خيف على المركب الغرق فطرح بعض ما فيه من المتاع بإذن أربابه أو بغير إذنهم فإنه يكون منهم على قدر أموالهم، ولا يجوز لأحد الامتناع من طرح متاعه إن احتيج تخفيف المركب ورجيت بذلك نجاته لأن في الامتناع من ذلك تلفه وتلف غيره وسواء طرح الرجل متاعه بنفسه أو طرحه غيره الحكم فيه سواء، ولا فرق بين إذنه وعدم إذنه فيما يلزمه فعله لأن الطارح فعل ما يلزمه هذا فعله فكان كالنائب عنه، وإنما قلنا إنه

(١) تقدم تخريجه.

(٢) العرصه: كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء، القاموس المحيط (٢/٣٠٧).

(٣) المدونة الكبرى (٤/٣٧٥).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

يكون بينهم على قدر أموالهم لأن الحق في ذلك لجميعهم، ولأن غرق المركب إنما خيف لأجل متاعهم فكانوا شركاء فيما [يحتاج]^(١) إليه من التخفيف، وقد اختلف في اعتبار القيمة: فقليل يكون في وقت الطرح لأن سائر المتلفات تقوم حال الإلتلاف في المواضع التي يتعلق بها الضمان، وقيل في أقرب المواضع إليه لأنه في البحر لا قيمة له لأنه لا يساوى شيئاً وهو يطرح في الماء ويتلف كما لا يقوم المرتد وقت قتله، وقيل الثمن الذي اشترى به لأنه ليس ما [يرتجى]^(٢) إليه سواء إذ هو أولى من أقرب المواضع إلى موضع الغرق، ولا يلزم عمال المركب شيء لأنه لم يكن الخوف لأجلهم.

فصل

إذا اصطدم مركبان في جريهما فانكسر أحدهما فلا ضمان على الآخر لأنه لا صنع له في ذلك بخلاف الراكبين على فرسين لأن التفريط من قبل الصادم إذ هو قادر على ضبط الفرس وعلاجه وإلا فكان يجب ألا يركب فرساً لا يضبط لئلا يجنى على غيره.

(١) ثبت في (١) (يحتاجوا).

(٢) ثبت في (ب) (ما يرجع).

باب: الوديعة^(١)

الأصل في الوديعة قوله تعالى: ﴿إِنْ اللَّهُ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُوَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨]، وقوله ﷺ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»^(٢)، ولأن عمل المسلمين جارٍ بها منذ عهد النبي ﷺ إلى يومنا، وهى أمانة محضة، ولا يضمنها المودع لأن قبضها ينفع صاحبها على التجريد: فإن ادعى أنها تلفت فالقول قوله فيها لأن يده عليها يد أمانة، وسواء كان متهمًا أو غير متهم لأن ربها رضى بأمانته سواء قبضها بيينة أو بغير بيينة.

فصل

فإن ادعى ردها على مالكةا فذلك على وجهين: إن قبضها بغير بيينة فالقول قوله في ردها كالتلف، وإن كان قبضها بيينة لم تقبل منه إلا بيينة، خلافاً للشافعى^(٣)، لأن رب المال لم يرض بأمانته على التجريد وإنما رضى بها في الحفظ دون القبض لأنه توثق منه بما أشهد عليه [حين قبضها فوجب الضمان وإلا لم يتنفع بالإشهاد بها، ولا يلزم عليه]^(٤) التلف لأنه لا يمكن الإشهاد عليه.

مسألة

إذا عرض للمودع سفر لم يجز له أن يسافر بالوديعة، فإن سافر بها ضمن إن تلفت كان السفر آمناً أو مخوفاً، خلافاً لأبى حنيفة فى تضمينه مع الخوف، لما روى «أن المسافر عن نفسه وماله لعلى قلت إلا ما وقى الله تعالى»^(٥) يعنى الهلاك، ولأن السفر

(١) الوديعة فى اللغة: من دع الشئ أى استحفظه عند غيره، القاموس المحيط (٩٢/٣)، وفى الاصطلاح: «هى مال موكل على حفظه»، بلغة السالك على الشرح الصغير (٧٥٢/٢).

(٢) أخرجه أبو داود: البيوع (٢٨٨/٣) ح (٣٥٣٥-٣٥٣٤)، والترمذى: البيوع (٥٥٥/٣) ح (١٢٦٤)، وقال: حسن غريب، وانظر تلخيص الحبير (١١٢/٢) ح (١).

(٣) لأنه جعل القول قول المودع عنده مع يمينته فى جميع الأحوال، انظر المذهب للشيرازى (٣٦٢/١)، روضة الطالبين (٣٤٦/٦).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) انظر الاختيار للموصلى (٢٧٢/٢)، الهداية للمرغينانى (٢٤٢/٣).

(٦) ذكره الحافظ ابن حجر وقال: رواه السلفى فى أخبار أبى العلاء المعرى، انظر تلخيص الحبير (١١٣/٣) ح (٥).

غرر ولم يأذن له صاحبها بالتغير بها، واعتباراً بالسفر المخوف.

فصل

إذا ثبت أنه لا يسافر بها فإنه يودعها ثقة ولا ضمان على واحد منهما لأنه لا يمكنه حفظها بآكد من هذا الوجه.

فصل

إذا استودعها من غير عذر ضمن لأن مالکها رضى بأمانته دون أمانة غيره، ولم يأذن له فى دفعها إلى غيره فكان متعدياً بذلك فلزمه الضمان، ويفارق ذلك حاجته إلى السفر لأن هناك ضرورة داعية إلى ما فعله، وكذلك إذا خاف عورة منزله فله أن يودعها غيره ولا ضمان عليه لأن ذلك يجرى مجرى إرادة السفر ولكن لا يصدق على الخوف على منزله إلا بأمر يظهر يعلم صدقه فيه.

فصل

إذا دفع إليه مالاً فى السفر يحمله إلى بلد فعرضت له إقامة فله أن يبعثه مع غيره ولا ضمان^(١)، والفرق بينه وبين مبتدئ السفر أن هذا قد أذن له فى السفر به إلى ذلك البلد فلم يتعد بدفعها إلى غيره مع الضرورة والحاضر يخالفه.

فصل

إذا أنفق بعض الوديعة ضمن قدر ما أنفق دون جميعها، وإن أنفق الكل أو البعض ثم رد ما أنفق فلا ضمان عليه خلافاً لعبد الملك فى إلزامه الضمان لأن الذى أوجب عليه الضمان تعديه بالأخذ فإذا ردها فقد زال التعدى فسقط الضمان، ولأنه حافظ لها على الوجه الذى أمر به فلم يلزمه ضمان كالابتداء، ووجه قول عبد الملك: أنه قد خرج عن الأمانة وصار متعدياً بأخذها فردة إياها لا يزيل عنه الضمان كما لو جردها ثم اعترف بها.

فصل

وسقوط الضمان بالرد فيما له مثل كالذهب والفضة والحنطة والعسل وكل ما يكال

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٠١).

أو يوزن، فأما فيما يلزم فيه القيمة فلا يسقط عنه الضمان^(١) لأن القيمة محتاجة إلى اجتهاد وحكم فلا يقبل حكمه لنفسه، والمثل لا اجتهاد فيه.

فصل

وفى قبول قوله: إنه رد ما أخذ أو مثله من غير بينة روايتان^(٢)، فإذا قلنا: إنه يقبل فلأنه موكل إلى أمانته كادعائه التالف أو الرد، ولأنه متفق لها على وجه التأويل واعتقاد ردها فلم يخرج ذلك عن الأمانة، وإذا قلنا: إنه لا يقبل فلأن الدين المتعلق بالذمة لا يبرأ المقر به منه إلا ببينة أو بإقرار الغريم اعتباراً بسائر الديون.

مسألة

يكره أن يتجر بالوديعة لأن صاحبها إنما دفعها إليه ليحفظها عليه لا لينتفع بها، وإن فعل فعليه الضمان وله الربح، ومن أبضع معه بضاعة ليشتري بها شيئاً فاتجر فيها فإن تلفت ضمن وإن ربح فالربح للمالك بخلاف الوديعة لأن المبضع طالب التئمي والربح فليس لمبضع معه قطعه عنه ونقله إلى ملكه، وإن تلف المال ضمن بتعديده، والمودع إنما قصد الحفظ فقط فلم يكن له من الربح شيء^(٣).

(١) انظر الكافي لابن عبد البر (١/٢) (٨٠١).

(٢) انظر المدونة الكبرى (٣٥٣/٤).

(٣) انظر الكافي لابن عبد البر (١/٢) (٨٠٤).

باب: العارية^(١)

العارية: تمليك منافع العين بغير عوض، وهي جائزة مندوب إليها لقوله تعالى: ﴿وافعلوا الخير﴾ [الحج: ٧٧]، وقوله تعالى: ﴿إلا من أمر بصدقة أو معروف﴾ [النساء: ١١٤] وقوله ﷺ: «كل معروف صدقة»^(٢)، وقوله: «العارية مؤداة»^(٣)، لأنه ﷺ استعار^(٤) وكذلك الصحابة.

فصل

العارية نوعان: نوع يظهر هلاكه ولا يكاد يخفى كالرباع والحيوان فهذا لا يضمن إلا بالتعدي، وضرب آخر يخفى هلاكه ويغاب عليه فهذا يضمن إذا لم يعلم هلاكه إلا بقول المستعير، فإن علم بغير قوله بينة تقوم على هلاكه من غير تعدٍ كان من المستعير ففيه روايتان: إحداهما لا يضمن وهو الصحيح، والأخرى أنه يضمن وهو قول أشهب، وعند الشافعي أنها مضمونة على كل وجه^(٥)، [وعند أبي حنيفة أن العارية لا تضمن على كل وجه^(٦)] ^(٧)، فدللنا على سقوط الضمان في الحيوان والرباع ما روى: «ليس على المستعير ضمان»^(٨)، ولأنه حيوان وعقار قبضه [لاستيفاء] منفعة فلم يضمن

(١) قال صاحب شرح الحدود: (قال ذكر الجوهري: أن العارية بالتشديد منسوبة إلى العار قال: لأن طلبها عار قال: يقال: هم يتعورون العواري بينهم. وقيل: مستعاراً بمعنى: متعارو أي: متداول وفي بعض حواشي الصحاح ما ذكره من أنها من العار وإن كان قد قيل فليس هو الوجه، والصحيح أنها من التعاور الذي هو التداول، انظر شرح حدود ابن عرفة (٤٥٨/٢). (٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه أبوداود: البيوع (٢٩٥/٣) ح (٣٥٦٥)، والترمذي: البيوع (٥٥٦/٣) ح (١٢٦٥)، وقال: حسن غريب، وابن ماجه: الصدقات (٨٠١/٢) ح (٢٣٩٨)، انظر تلخيص الحبير (٥٤/٣) ح (١).

(٤) أخرجه أبو داود: البيوع (٢٩٤/٣) ح (٣٥٦٢)، وأحمد: المسند (٤٩٠/٣) ح (١٥٣٠٨).

(٥) انظر المذهب للشيرازي (٣٦٣/١)، الأم للإمام الشافعي (٢١٨/٣).

(٦) قال المرغيناني: (والعارية أمانة إن هلك من غير تعدٍ لم يضمن)، الهداية (٢٤٧/٣)، الاختيار للموصلي (٣١٢/٣).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٨) أخرجه الدارقطني: سننه (٤١/٣) ح (١٦٨)، والبيهقي في الكبرى (١٤٩/٦) ح (١١٤٨٦) - (١١٤٨٧) وانظر نصب الراية (١١٥/٤).

تلفه كالعبد المستأجر والدار، ولأنه مستعار تلف من غير تفريط فلم يضمن كالأجراء، ودليلنا على وجوب الضمان عليه فيما يغاب عليه أنه قبضه لمنفعة نفسه فلم يكن له حكم الأمانة على التجريد، فإذا لم يعلم تلفه إلا بقوله لزمه الضمان، فأما إذا قامت به بينة فوجه قوله: لا ضمان عليه: أن التهمة قد انتفت عنه بقيام البينة على أنه لا صنع له بتلفه فلم يلزمه الضمان كالعبد المحروس^(١)، ووجه قوله أن عليه الضمان فلأن أصله مأخوذ على الضمان لا على الأمانة فلم يتنقل عن أصله حسماً للباب.

فصل

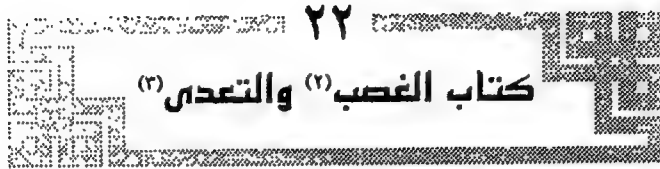
إذا أعار شيئاً إلى مدة لم يكن له أخذه قبلها لأن المدة قد صارت حقاً للمستعير فلم يكن للمعير الرجوع فيها كما ليس له الرجوع في الهبة، وأما العارية المطلقة فليس له الرجوع فيها إلا بعد أن ينتفع المستعير بها انتفاع مثلها خلافاً للشافعي^(٢)، لأن العارية هي هبة المنافع أو تملكها، فإن كانت مدة معلومة انحصرت عليها وإلا لزم من ذلك ما ينتفع في مثله من المدة لأنه لو جاز له أخذها قبل ذلك لكان رجوعاً في العارية لأنه قد جعل على نفسه إباحة المنفعة وقد ملك ذلك المستعير فلم يكن للمعير إبطاله عليه.

(١) ثبت في (ب) (العبد المحرم).

(٢) المهذب للشيرازي (٣٦٣/١)، روضة الطالبين (٤٣٦/٤).

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ]

صلى الله على محمد ^(١)



مسألة

إذا أتلّف على غيره شيئاً ظلماً لزمه بدل ما أتلّف لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ﴾ [الشورى: ٤٢] وقوله: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٠]. وقوله: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، وقوله ﷺ: «طعام كطعام وصحفة كصحفة» ^(٢)، ولأنه أتلّف ملك غيره من غير استحقاق عليه فلزمه بدل ما أتلّف لأن الأبدال في المتلفات كالقصاص في النفوس، وقال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩] معناه: أن القاتل أو الجارح إذا علم أنه يفعل به مثل ما فعل ارتدع عن أن يفعل ذلك وانزجر خيفة أن يقتص منه فكان في ذلك حياة للنفوس، ولا اجتراً الناس بعضهم [على بعض كذلك الجناية على المال لو لم يجب فيها البذل لاجتراً الناس بعضهم] ^(٣) على أموال بعض إذ لا بدل يلزمهم.

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) الغصب في اللغة: أخذ الشيء ظلماً، وفلان على الشيء قهره، القاموس المحيط (١١/١)، وفي الاصطلاح: «أخذ مال غير منفعة ظلماً قهراً لا لخوف قتال»، شرح حدود ابن عرفة (٤٦٦/٢).

(٣) هو التصرف في الشيء بغير إذن ربه دون قصد تملكه، شرح حدود ابن عرفة (٤٦٨/٢).

(٤) أصله عند البخارى من حديث أنس بن مالك رضى الله عنه. أخرجه البخارى: المظالم (١٤٨/٥) ح (٢٤٨١)، وعند أبى داود والترمذى بلفظ «إناء مثل إناء وطعام مثل طعام»، أبو داود: البيوع (٢٩٦/٣) ح (٣٥٦٨)، والترمذى: الأحكام (٦٣١/٣) ح (١٣٥٩).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (١).

فصل

[كذلك الجناية على المال لو لم يجب فيها البديل لاجترأ الناس بعضهم على بعض]^(١)
فإذا ثبت ذلك فعلى المتلف دفع بدل المتلف إلى صاحبه والبديل نوعان:

مثل من طريق الخلقة والصورة: فهو كل ما يكال ويوزن، فمن أتلف على غيره شيئاً مما يكال أو يوزن لزمه رد مثله لا قيمته وذلك كالذهب، والفضة، والحديد، والصفير^(٢) والنحاس، والخططة، والشعير وسائر المأكولات ولا تلزمه القيمة إنما يصار إليها عند تعذر المثل من طريق الخلقة لأنها ضرب من الحكم والاجتهاد فى تعديلها بالمتلف فالمثل من طريق الخلقة لا اجتهاد فيه فكان كالا جتهاد مع وجود النص إذ لا فائدة فيه.

فأما ما لا يكال ولا يوزن: كالثياب وسائر العروض، والرقيق، والحيوان فيلزمه بإتلافه قيمته دون مثله، خلافاً لمن حكى عنه أنه يلزمه مثله من جنسه^(٣)، لقوله ﷺ: «من أعتق شركاً له فى عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العبد فأعطى شركاءه حصصهم وأعتق عليه العبد»^(٤)، والعتق إتلاف ثم أوجب القيمة فيه دون المثل فكان ذلك أصلاً فى بابه، ولأن كل ما لا يكال ولا يوزن فالغرض منه أعيانه دون مبلغه فوجب قيمة العين، وما يكال ويوزن الغرض منه مبلغه فكان فيه مثله، والقيمة المعتمدة يوم التعدى والجناية لا يوم الحكم لأن الحكم معلق بذمته بالتعدى لا بالحكم إذا مطالبة الحاكم إنما هى بأمر قد تقدم وجوبه وإنما ينكشف بالحكم بمقدار ما اشتغلت به ذمته.

فصل

ولا يراعى ارتفاع الأسواق وانخفاضها كما لا يراعى ذلك فى السرقة لأن القيمة متعلقة بالذمة تعلقاً منبرماً حين التعدى ولا يؤثر ذلك بغيرها^(٥).

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) الصفير بالضم: النحاس وصانعه الصفار، القاموس المحيط (٧١/٢).

(٣) حكى عن العنبري: أنه يجب فى كل شيء مثله. المغنى لابن قدامة (٣٧٥/٥).

(٤) أخرجه البخارى: الشركة (١٥٦/٥) ح (٢٤٩١) ومسلم: العتق (١١٣٩/٢) ح (١٥٠١/١).

(٥) انظر المدونة الكبرى (١٨٢/٤).

فصل

الجنابة على ضريرين: جنابة تُبطل يسيراً من المنفعة وجلها من السلعة باق فهذا يجب فيه ما نقص: وذلك بأن تقوم وقت الجنابة صحيحة وتقوم بالجنابة فيلزم الجنابة ما بين القيمتين^(١)، وإنما قلنا ذلك لأن الذي يلزمه بدل مما أتلّف والإتلاف إنما يكون لهذا القدر من المنافع فلم يضمن ما زاد عليه، والضرب الآخر جنابة تُبطل الغرض المقصود من الشيء والذي له يراد وإن بقيت فيه منافع تابعة غير مقصودة: فهذا يكون صاحبه مخيراً إن شاء أخذ ما بين قيمته صحيحاً ومعيباً وإن شاء أسلمه وأخذ قيمته وذلك مثل أن يكون لرجل عبد يزيده لبعض المنافع فتعدي عليه رجل فيقطع يده أو يعميه فيبطل عليه الغرض الذي له يراد في العادة، وكذلك المركوب الذي يراد للجمال والركوب يقطع أذنيه أو ذنبه فيبطل الغرض المقصود منه وإن كان يبقى فيه استعماله في الحمل ونقل التراب أو ما أشبه ذلك، وقال أبو حنيفة^(٢) والشافعي: عليه في ذلك مثل ما بين القيمتين^(٣)، وإنما قلنا ذلك لأنه قد أتلّف عليه بهذا الفعل غرضه المقصود منه ضمانه اعتباراً به لو أحرقه أو أتلّف جميعه.

مسألة

الشيء المغصوب مضمون باليد فمن غصب شيئاً فقد ضمنه إلى أن يرده، فإن رده كما غصبه سقط عنه الضمان ولزم المالك قبوله، فإن تلف عنده على أي وجه تلف ضمنه بقيمته يوم الغصب، إما بمثله إن كان مما له مثل أو بقيمته إن كان مما لا مثل له أي نوع كان من ذهب أو فضة أو حيوان أو متاع أو عروض أو عقار، خلافاً لأبي حنيفة في قوله إن كل ما لا يصح نقله كالضياع والعقار فإن الغاصب لا يضمنه [بإخراجه عن يد مالكة إلا بأن يجنى هو عليه فيتلف فيضمنه]^(٤) بالإتلاف^(٥)، ودليلنا أن كل معنى يضمن به ما ينقل ويحول من الأعيان فإنه يضمن له ما لا ينقل منها ولا يحول كالقبض في

(١) المدونة الكبرى (١٨٢/٤، ١٨٣)، الكافي لابن عبد البر (٨٤٣/٢).

(٢) انظر الاختيار للموصلي (٣٢٢/٣).

(٣) المهذب للشيرازي (٣٦٩/١)، روضة الطالبين (٤١/٥).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٥) قال المرغيناني: (هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله:

فيضمنه)، الهداية للمرغيناني (٣٣٦/٣)، الاختيار للموصلي (٣١٨/٢).

البيع، واعتباراً بما لا ينقل ولا يحول بعلة أنها أعيان مقصورة، ولأن الغصب سبب للضمان فوجب أن يضمن به العقار والنخل كالإتلاف به.

فصل

وإنما قلنا إنه إذا رده فلا شيء عليه لأنه قد فعل ما كان عليه أن يفعله من إزالة يده عنه وترك إمساكه ظلماً وإعادته إلى يد مالكة فزال عنه الضمان لزوال السبب الموجب له وهو الغصب.

فصل

إذا زاد المغصوب عند الغاصب بسمن أو فراهة في تعلم صنعة أو زيادة تسوق أو ما أشبه ذلك [فإنما]^(١) للمالك أخذه ولا شيء للغاصب ولا أجره عليه لما علم من ذلك لأن المالك لم يأذن له، وليس بعين يمكنه ارتجاعه فلم يكن له شيء فأما إن زاد عنده بسمن أو غيره ثم تلفت تلك الزيادة ورجع إلى ما كان عليه عند الغصب فردّه على الحال التي غصبه عليها لزم المالك أخذه ولا ضمان على الغاصب، خلافاً للشافعي في قوله: إنه يضمن ما نقص عنده فيرد الأرض معه^(٢)، ودليلنا أن من أصلنا أنه ضامن لها يوم الغصب وما طرأ على أبعاضها أو ثمنها من نقصان أو زيادة فلا حكم له لأنه طارئ على عين مضمونه، ولأن رجوع العين المغصوبة إلى مالكة على الصفة التي غصبت يوجب القبول فوجب سقوط الضمان، أصله لو لم تزد عنده واعتباراً بحوالة الأسواق.

فصل

إذا رده ناقصاً في بدنه عما غصبه عليه فإن المالك مخير بين أن يأخذه وبين أن يرده ويضمنه القيمة يوم الغصب، وإنما قلنا ذلك لأنه متعدى عليه والغاصب هو المتعدى فكان أولى بالحمل عليه لقوله تعالى: ﴿وَإِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ﴾ [الشورى: ٤٢]، ولأن المعتدى عليه مخير في الأصول لأنه مجنى عليه في ماله فله أن يقول لا أخذها كسيرة وقد غصبت مني صحيحة، فإذا ثبت أنه مخير بأن كان أخذها ناقصة فينظر: فإن كان ما حدث بها من النقص بأمر من الله تعالى لا بفعل من الغاصب فليس للمالك إلا أخذها بغير أرش أو إسلامها وأخذ الغاصب بقيمتها يوم الغصب، وإنما قلنا

(١) سقطت من (ب).

(٢) روضة الطالبين (٤٢/٥)، الأم للإمام الشافعي (٢١٩/٣).

ذلك لأن الغاصب كان ضامناً [لها يوم الغصب]^(١) فلم يكن لما حدث من العيب فيها حكم فى الضمان لأنه على أصل مضمون فإذا اختار المالك أخذها فقد رضى بعيها لأنه لو لم يرض به لكان يسلمها ويرجع بالقيمة، فإذا قال: أريد الأرض لم يكن له ذلك لأن الغاصب لم يكن ضامناً لما حدث بانفراده وإنما كان ضامناً له بضمان الجملة وأبعاضها تابعة لها.

فصل

فأما إن كانت الجناية بفعل الغاصب مثل أن يقطع يدها أو يفقأ عينها واختار أخذها فهل يجب له أخذ أرش السقوص، فيه خلاف، قال ابن القاسم: له ذلك^(٢)، وقال سحنون وابن المواز: ليس له إلا أخذها ناقصة بغير أرش أو إسلامها والرجوع بالقيمة يوم الغصب، وجه قول ابن القاسم: أنه جناية على ملك كالمبتدأة، ولأن المالك متعدي عليه بشيئين بالغصب [وبالجناية فله أخذ الغاصب بأيهما شاء]^(٣)، وجه قول سحنون وابن المواز: أنه ضامن لقيمتها بالغصب، والجناية الطارئة بعد الضمان لا حكم لها، أصله إذا كانت من قبل الله تعالى، لأن الجناية على النفس أكد وأغلظ من الجناية على الأطراف وقد ثبت أن الغاصب لو قتلها لم يلزمه زيادة على قيمتها يوم الغصب ففى الجناية على الأطراف أولى.

مسألة

إذا غصب داراً أو عبداً أو دابة أو ثوباً فلم ينتفع به بسكنى ولا بركوب أو استخدام أو لبس أو غير ذلك ولا بإكرام ولا أغله فلا شيء عليه ولا يطالب بأجرة المدة التى بقيت غصباً فى يده^(٤)، وقال الشافعى: تلزمه أجرة المثل للمدة التى قامت فى يده^(٥)، ودليلنا

(١) سقطت من (ب).

(٢) المدونة الكبرى (١٨٣/٤).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) انظر الكافى لابن عبد البر (٨٤٤/٢).

(٥) قال الإمام الشافعى: (وإذا غصب الرجل من الرجل دابة فاستغلها أو لم يستغلها ولثلها غلة أو داراً فسكنها أو أكرها أو لم يسكنها ولم يكرها ولثلها كراء أو شيئاً ما كان مما له غلة استغلها أو لم يستغلها انتفع به أو لم ينتفع به فعليه كراء مثله من حين أخذه حتى يرده)، انظر الأم للشافعى (٢٢٢/٣).

أنها منافع لم تستوف من المخصوب فلم يضمناها الغاصب، أصله منافع البضع وهو أن يحبس حرة لا يمكنها التزويج وأخذ بدل بضعها حتى مضت مدة من الزمان فإنه لا يضمن مهر مثلها، ولأنها منافع تلفت في يد الغاصب من غير أن يتنفع بها أو يأخذ لها بدلاً فلم يضمناها كبضع الأمة.

فصل

فأما إذا انتفع الغاصب بالمخصوب إما بنفسه، مثل أن يسكن الدار أو يركب الدابة أو يستخدم العبد أو يزرع الأرض، أو بأن يؤجر ذلك يأخذ غلته فقد اختلف فيه: ففرق ابن القاسم بين العقار وبين الحيوان فقال في الربيع: إن سكنه بنفسه أو زرع الأرض لزمه أجره المثل، وإن كان أكرها من غيره لزم غرم ما أكرها به إن كان بقدر أجره المثل وإن كان دون ذلك لزمه تمام الأجرة، وفي الدواب والرقيق لا رجوع للمالك على الغاصب لا فيما انتفع به بنفسه ولا فيما أكرها واغتله، وقيل لا فرق بين ذلك كله ويرجع المالك عليه بكراء وغلة ما اغتله ولا يرجع عليه بما ركب بنفسه أو استخدم، وقيل عن مالك: إن المالك لا يرجع بشيء أصلاً لا من أجره ولا من كراء لا فيما انتفع الغاصب بنفسه ولا فيما أكرها في كل شيء من الرباع والحيوان وغيرها، وأن المنافع بالضمنان^(١).

فوجه التفريق بين الحيوان والرباع أن الحيوان غير مأمون لأن التغير يسرع إليه والتلف غالباً يجوز عليه فيمكن أن يتلف باستعماله فيلزمه قيمته فكان الخراج له وليس كذلك الرباع لأنها مأمونة في الغالب، ولأن الحيوان محتاج إلى نفقة ومؤونة والغاصب لا يرجع بما أنفق عليه فكانت المنافع غير مضمونة عليه والرباع يرجع بما أنفق فيها أو عمره فأخذ منه قيمة ما انتفع وأجره ما اغتله.

وجه التفريق بين انتفاعه بنفسه وبين [ما أكرها واغتله]^(٢) في الحيوان والرقيق أن ما أكرها عوضاً في منافع ملك الغير فكان كالعين القائمة فلزمه ردها، وما سكن بنفسه لم يأخذ عليه عوضاً يستحق رده عليه، ولأنه إن تلف ذلك في استخدامه أو ركوبه غرم القيمة ولم يأخذ شيئاً يغرم منه، فإن أكرها ثم تلف فقد اعتاض الكراء الذي يغرم منه.

(١) انظر المدونة الكبرى (٤/١٨٤).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

ووجه القول بأن المنافع غير مضمونة أصلاً قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»^(١)، ولأن الغاصب لما كان ضامناً للعين بقيمتها يوم الغصب لم يكن لمنافعها حكم في الضمان لأنها تابعة للعين، فأما إن اختار المالك أخذ العين ولا يرجع بشيء أو ضمنه قيمتها يوم الغصب، ولأن الضمان بالجناية أكد من الضمان بالاستخدام وغيره وقد بينا أن الغاصب لو جنى على بعض أطراف المصوب لم يكن للمالك إلا أخذه ناقصاً بالأرض أو إسلامه والرجوع بالقيمة يوم الغصب فكان بأن لا يرجع في المنافع أولى.

ووجه القول بأنه يرجع عليه في كل ذلك قوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»^(٢)، ولأنه انتفع بملك غيره من غير ملك ولا شبهة فلزمه قيمة ما انتفع به، أصله إذا ابتداء الاستخدام والسكنى من غير غصب.

مسألة

إذا غصب ساجة^(٣) فبنى عليها لزمه قلع البناء وردها خلافاً لأبى حنيفة في قوله: لا يقلعه^(٤)، ولصاحبها القيمة، لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(٥)، ولأنها عين اغتصبها فإذا جاز ردها لزمه، أصله لو لم يبدأ فيها في البناء، ولأنه شغل ملك الغير بملكه الذي لا حرمة له غصباً فوجب أن يلزمه رده، أصله لو غصب أرضاً فزرعها.

فصل

إذا غصب أرضاً فزرعها ثم أدركت والزرع قائم فيها، فإن كان وقت الزرع لم يفت كان للمالك قلع زرعها لقوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»^(٦) وهذا عرق ظالم، ولأن منافعها غير مملوكة فليس له شغلها على صاحبها ولا لعرقه حرمة كزرع المستحق من يده فيلزم المالك تبقيته وأخذ الأجرة، وإذا كان كذلك كان له قلعه.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) الساجة: الخشبة التي يطين بها، القاموس المحيط (١/١٩٣).

(٤) الاختيار للموصلى (٢/٣٢٠)، الهداية للمرغيناني (٤/٣٤٠).

(٥) أخرجه أبو داود في البيوع (٣/٢٩٤) ح (٣٥٦١)، والترمذى في البيع (٣/٥٥٧) ح (١٢٦٦)،

وابن ماجه الصدقات (٢/٨٠٢) ح (٢٤٠٠).

(٦) تقدم تخريجه.

فصل

فأما إن كان وقت الزرع قد فات ولا يتنفع المالك به إن قلع الزرع ففيها روايتان^(١): إحداهما أن له قلعه، والأخرى أن ليس له قلعه ويكون على الغاصب أجرة المثل، فوجه قوله أن يقلعه قوله عليه السلام: «وليس لعرق ظالم حق»^(٢)، واعتباراً به إذا كان وقت الزرع لم يفت. [ووجه قوله ليس له قلعه: أنه لا يتنفع بذلك ويضر بالزرع]^(٣) فكان قصده مجرد الإضرار بالغاصب فلا يترك لذلك والأول أصح.

فصل

إذا أراق على ذمي خمرًا فعليه قيمته عند مالك^(٤)، وقال عبد الملك لا قيمة عليه، وهو قول الشافعي^(٥)، فوجه قول مالك أنه أثلف عليه ظلمًا ما يعتقده ملكًا له ويعز عليه فلزمه قيمته، أصله إذا أثلف عليه ثوبًا أو غيره من العروض، ووجه قول عبد الملك إنه لا قيمة للخمر فلم يلزمه بسوى الأدب بإتلافه ما لم يكن له أن يتولى إتلافه، كما لو عدى على مرتد فقتله لم تلزمه ولم يكن عليه إلا الأدب بافتياته على الإمام.

فصل

إذا غصب أمة فوطئها فلمنه زان لأنه وطء عن غضب كوطء الحرة وولده ملكًا لسيده لأن ولد الأمة من غير سيدها تابع لها فى الحرية والرق.

فصل

إذا أخذ القيمة من الغصب ثم وجد الشيء المغصوب فهو للغاصب ولا رجوع للمالك عليه خلافاً للشافعي^(٦)، لأنه لما أدى القيمة صار ملكًا له لأنه عوض عن رقبته فأشبه الثمن وهذا إذا لم يكن الغاصب أخفاء.

(١) انظر المدونة الكبرى (٤/ ١٩٠).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) المدونة الكبرى (٤/ ١٩٠).

(٥) قال النووي: (الخمر والخنزير لا يضمنان لا لمسلم ولا لذمي)، روضة الطالبين (٥/ ١٧).

(٦) قال الشيرازي: (فإن رجع المغصوب وجب رده على المالك)، المهذب (١/ ٣٦٨).

فصل

إذا فتح قفصاً عن طائر فطار ضمنه، طار عقيب الفتح أو بعد مهلة، خلافاً لأبي حنيفة^(١) والشافعي^(٢)، لأن سبب إتلافه الفتح لأن بالفتح خرج من القفص ولولاه لم يكن له سبيل إليه فإذا ثبت أن فتحه سبب لإتلافه لزمه ضمانه.

(١) قال الموصلي: (لأنه تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار وهو طيران الطير)، الاختيار (٣٢٥/٢).

(٢) قال النووي: (فتح قفصاً عن طائر وهيجه حتى طار ضمنه فإن لم يزد على الفتح، فثلاثة أقوال: أظهرها: إن طار في الحال ضمن وإلا فلا. والثاني: يضمن مطلقاً، والثالث: لا يضمن مطلقاً). روضة الطالبين (٥/٥).

باب: الاستحقاق^(١)

إذا ابتاع رجل أمة فأولدها ثم استحقها رجل فقد اختلف قوله في أخذها فعنه في ذلك روايتان^(٢): إحداهما أن المستحق يأخذها، والأخرى أن ليس له أخذها وله قيمتها.

فوجه قوله إن له أخذها لأنها باقية على ملكه واستيلاء الغير إياها لا يمنع المالك أخذها ولا يوجب لها حرمة الاستيلاء لأن ذلك إنما يكون بفعل من السيد، وأما على وجه صنع له فيه فلا، ولأنها ولدت من غير مالك فلم يثبت لها حرمة الاستيلاء، أصله إذا ولدت من نكاح ولأن اعتقاد الوطء استباحة وطئها بالملك كاعتقاده ذلك في النكاح وقد ثبت أنه لو غرت من نفسها فتزوجها رجل على أنها حرة ووطئها فإن ذلك لا يمنع سيدها أخذها فكذلك في البيع.

ووجه قوله إنه ليس له أخذها فلأنه واطئ بشبهة ملك وشبهة كل عقد مردود إلى صحيحه، وإذا ثبت أنه ليس له أخذها فله القيمة وتكون يوم فاتت بالوطء كما تكون على الغاصب يوم الغصب، وإن لم [يختبر]^(٣) أخذ الثمن ولا أخذها واختار الثمن الذي باعها به الغاصب فله ذلك لأنه متعدى عليه والخيار له، فإذا قلنا له أخذها أو ليس له أخذها فإن الولد لا يأخذه بحال لأن [الأب]^(٤) دخل على أنه وطئ ملكه وإن ولده أحرار فلا يجوز استرقاقهم فأما أخذ قيمتهم من الأب ففيه خلاف:

فوجه أخذها أن الأصل أن ولد أمته ملك له إلا أنه منع ذلك لحرمة الاستيلاء الثابت بالشبهة فكان له الرجوع بالقيمة على الأب لأنه سبب يمنع أخذ السيد لهم، ووجه نفى أخذها أنهم ولدوا في ضمان الأب بعد ثبوت القيمة عليه للأُم وثبوت حرمتها فلا ضمان عليه فيما يتبع الأصل، وإذا وجدها قد ولدت من غاصب فإنه يأخذها لأن حرمة الاستيلاء لا تثبت لها ويأخذ الولد لأنهم ملك له لأن الأب لم يدخل على أنهم أحرار والواطيء وإن إذا وطئ على الغصب يلزمه الحد ولا يلحق به الولد وقد بيناه.

(١) الاستحقاق في اللغة: إضافة الشيء لمن يصلح به وله فيه حق، وفي الاصطلاح: رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله، أو حرية كذلك بغير عوض^(٥)، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤٧٠).

(٢) المدونة الكبرى (٤/ ١٩٧).

(٣) ثبت في (ب) (يجبر).

(٤) سقطت من (أ).

فصل

فأما إذا غرت الأمة من نفسها فتزوجت على أنها حرة فللسيد أخذها لأن منافع يضعها ملك له وغروها لا يزيل ملكه، وله أخذ قيمة الولد ممن أخذه لأنه سبب زوال السيد عنهم - لأنه دخل على أن يكونوا أحراراً بما غرته من نفسها، وهذا إذا كان الواطئ أجنبياً أو ممن لا يعتق ولده على رجوع له بقيمة الولد على الواطئ^(١) خلافاً لمن يقول: إن له القيمة^(٢) لأن الولد إذا وجب عتقه عليه فأخذ العوض عليه غير جائز، والقيمة تكون يوم الحكم لأن ذلك وقت استحقاقها، ويرجع الأب بالصدق على من غره لأن العوض لم يسلم له ولا يرجع بقيمة الولد إذا أخذت منه على من غره لأن الغرر لم يتعلق بالولد وإنما تعلق بالاستمتاع.

مسألة

من أحيأ مواتاً أو ابتاع خراباً فعمرها ثم جاء مستحق: فإنه يأخذ ملكه إن أحب بعد دفع قيمة العمارة قائمة، ويرجع المشتري بالثمن على بائعه فإن لم يختر المستحق ذلك قيل للثاني ادفع إليه قيمة أرضه براحاً وتكون لك فإن أبى كانا شريكين بقدر قيمة البراح من غير عمارة وقيمة العمارة قائمة^(٣).

وإنما قلنا إن المستحق يبدأ بالخيار لأنه أقوى سبباً لكون الأرض له والمشتري أو المحيي عمر في شبهة ملك فكان صاحب الملك مقدماً عليه، وإنما قلنا يعطيه قيمة البناء قائماً لأنه لم يتعد في البناء فيه فيطالب بالقلع، وإنما دخل على أنه يبنى في ملكه فلم يكن ظالماً بل كان لبنائه حرمة.

وإنما قلنا: إنه إذا بذل القيمة لزم الثاني أخذها لأن الضرر قد زال عنه بالاستحقاق بحصول القيمة، وإنما قلنا إن القيمة تكون وقت الحكم لأن ما قبل ذلك لم يجب أخذها للمستحق.

(١) انظر المدونة الكبرى (١٩٨/٤).

(٢) حكاه ابن قدامة رواية عن أحمد، وقال: قال ابن المنذر: كذلك قضى عمر وعلى وابن عباس، انظر المغنى (٤١٦/٧).

(٣) انظر المدونة الكبرى (١٩٥/٤).

وإنما قلنا إن الخيار ينتقل إلى الثانى إذا [أبى]^(١) المستحق ليزول الضرر عنهما فيقال [للبنائى]^(٢) ادفع إليه قيمة براحه فإن أجاب إلى ذلك وأبى المالك أجبر على أخذه لأن [البنائى]^(٣) يقول لست أختار أن يكون لى بناء فى ملك غيرى فيكون له ذلك.

وإنما قلنا إنهما يكونان شريكين إذا أبى كل واحد أن يدفع إلى الآخر قيمة ماله لأن كل واحد منهما له حق لا يجوز إبطال الآخر له، وليس إلا الإيجاب أو البقاء على الشركة.

فصل

وأما الاستحقاق من يد غاصب قد بنى وغرس فإن المالك مخير: إن شاء قلع بناءه وغرسه، وإن شاء أعطاه قيمته مقلوعاً بعد طرح أجره القلع^(٤).

وإنما وجب ذلك لأن عرق الغاصب لا حرمة له لأنه عرق ظالم فكان لرب الأرض قلعه إذا اختاره وله دفع قيمته مقلوعاً إن اختار، ولا مقال للغاصب إن قال أريد عين مالى ولا أريد قيمته لأن المالك يقول لا أدعك تعور أرضى بقلع غراسها أو بنائها أو بإخرابها وإحواجى إلى عمارتها فيكون ذلك له، وإنما قلنا إنه يدفع إليه قيمته مقلوعاً لأن تبقيته غير مستحقة عليه، لأن القيمة فى هذا الموضع بدل عن العين للغراس والبناء فلما كان للغاصب أخذه نقضاً وخشياً كان على المالك أن يعطيه قيمته بما كان يأخذه لو أخذه، وإنما قلنا يحط عنه أجره القلع لأن قلعه مستحق على الغاصب لأن عليه تسليم الأرض إلى المالك فارغة فيجب أن يحط عن المالك قدر الأجرة وليس للغاصب قيمة ما له إن قلع ولا قلعه مثل الجحص الذى لا مرجوع له وإزالة النقوش والتزويق وما أشبه ذلك أن قلع ذلك إضرار برب الأرض ويعور أرضه من غير نفع يحصل للغاصب فلم يكن منه^(٥)، ولا معتبر لقوله إن هذا غير شئى فلى أخذه لأن ذلك يكون له فيما ينتفع به، فأما فيما يقصد به إضرار غيره فلا يمكن منه والله أعلم وأحكم.

(١) ثبت فى (١) (أفاء).

(٢) ثبت فى (ب) (الثانى).

(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٨٤٧).

(٤) الكافى لابن عبد البر (٢/٨٤٦).

[بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ]

صلى الله على محمد ^(١)

٢٣ كتاب الحوالة ^(٢)

لا خلاف ^(٣) في جواز الحوالة، والأصل فيه قوله ﷺ: «إذا أحيل أحدكم على ملىء فليتبّع» ^(٤)، وهى فى الحقيقة بيع الدين بالدين لأن المحيل باع الدين الذى له على المحال عليه من غريمه بدينه الذى كان عليه، واستثنيت من الكالى بالكالى وهو الدين بالدين لأن المقصود بيع الرطب بالتمر فى نظائر لذلك.

مسألة

إذا أحالك غريمك بدينك الذى لك عليه على من له عليه دين لم يلزمك ذلك إلا برضاك: فإن رضيت باتباعه تحول حقك وبرئت ذمة غريمك المحيل، ولا اعتبار برضا من أحيل عليه ولا رجوع لك على من أحالك إن فات من أحلت عليه أو غاب أو أفلس إلا أن يكون غريمك علم منه حين أحالك عليه إفلاساً فقد غرك ولم يعلمك فيكون لك الرجوع على غريمك.

وإنما شرطنا رضا صاحب الدين بالحوالة، خلافاً لداود ^(٥) فى قوله: إنه يلزمه قبول الحوالة شاء أم أبى، لأن صاحب الدين رضى بذمة غريمه دون غيرها فلا يلزمه الانتقال

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) الحوالة فى اللغة: الإحالة أو التحويل وفى الاصطلاح: «طرح الدين عن ذمة مثله فى أخرى»، شرح حدود ابن عرفة (٤٢٣/٢).

(٣) الإجماع لابن المنذر (ص/٩٩)، المغنى لابن قدامة (٥٤/٥).

(٤) أخرجه البخارى فى الحوالة (٥٤٢/٤) ح (٢٢٨٧)، ومسلم فى المساقاة (١١٩٧/٢) ح (١٥٦٤/٣٣).

(٥) انظر المحلى لابن حزم (٨/١١٠).

إلى ذمة لم يرض بها مع بقاء الذمة الأولى، ولأنه حق تعلق بذمته فلم يجبر على نقله إلى شيء آخر كما لا يجبر على نقله إلى شيء آخر.

وإنما شرطنا أن يكون للمحيل على المحال عليه دين لأنه إن لم يكن له عليه دين كانت حمالة لا حوالة لأن حقيقة الحوالة: بيع الدين الذي على الحال بالدين الذي للمحيل، وتحول الحق من ذمة إلى ذمة وذلك يقتضى أن يكون هناك دين تحصل الحوالة به.

وإنما قلنا: إن ذمة المحيل تبرأ إذا رضى صاحب الدين بالحوالة، خلافاً لأبي حنيفة فى قوله: إن له الرجوع إن مات المحال عليه مفسداً أو جحد الحق^(١)، لقوله ﷺ: «إذا أحيل أحدكم على ملىء فليتبّع»^(٢) فأطلق، ولأنها حوالة برأت ذمة المحيل بها فلم يكن له الرجوع على المحيل بها، أصله إذا لم تتغير حاله، ولأن عقد الحوالة إذا انبرم منع رجوع المحال على المحيل، أصله ما ذكرناه، ولأن الحوالة بمنزلة الإبراء والقبض لأن المطالبة بالدين تسقط معها والاعتبار حادث بعد القبض فلا رجوع للمحال به.

وإنما قلنا إذا غره كان له الرجوع، خلافاً للشافعى فى قوله لا رجوع له^(٣)، لقوله ﷺ: «وإذا أحيل أحدكم على ملىء فليتبّع»^(٤) وهذا غير ملىء، ولأن المحال إنما أبرأ المحيل على شرط وهو علمه بسلامة ذمة من يحمله عليه، وإذا غره كان له الرجوع لأنه قصد إتلاف ماله.

وإنما قلنا: إن رضا من يحال عليه غير معتبر، خلافاً لداود فى قوله: لا تلزمه حوالة صاحب الدين لغيره إلا برضاه^(٥)، لقوله ﷺ: «وإذا أحيل أحدكم على ملىء فليتبّع»^(٦) ولم يشترط رضاه، ولأن الحق هو للمالك له أن يملكه من شاء وينقله إلى ملك من يختاره وكسائر الحقوق.

(١) الاختيار للموصلى (٢/٢٣٧)، الهداية للمرغينانى (٣/١١٠).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) روضة الطالبين (٤/٢٣٢)، المهذب (١/٣٣٨).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) للمحلى لابن حزم (٨/١١٠).

(٦) تقدم تخريجه.

باب: الحمالة^(١)

الأصل في جوار الحمالة قوله تعالى: ﴿وَلَمَّا جَاءَ بِهِ حَمْلٌ بِعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]، وقوله ﷺ: «الزعيم غارم»^(٢)، ولأنها وثيقة بالحق كالرهن، ولا خلاف في جوارها^(٣)، ولها عبارات هي الحمالة والكفالة والضمان والزعامة كل ذلك بمعنى واحد.

فصل

وهي جائزة بكل حق يمكن استيفاؤه من الضامن لأن فائدتها قيام الضامن مقام الغريم في شغل ذمته بالحق للذى عليه، ولا يجوز في الحدود لتعذر هذا المعنى فيها لأن استيفاءها من الضامن غير جائز.

فصل

الكفالة بالوجه^(٤) جائزة خلافاً للشافعي^(٥)، لأنها وثيقة بالحق كالرهن، ولأنه سبب يتوصل به إلى ماله على طريق الوثيقة كالوثيقة بالمال، ولأن على من عليه المال أن يحضر أو يوكل من يحضر، وإذا ثبت أن ذلك عليه صح أن يضمن عنه، ولا يلزم عليه الحدود ولا يقال إن عليه أن يحضر ويقتل أو يحد.

فصل

إذا ثبت جوار الكفالة بالوجه: فإن جاء الكفيل بالمتكفل به فقد برىء، وإن لم يأت

(١) الحمالة: هي التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له، شرح حدود ابن عرفة (٤٢٧/٢).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) الإجماع لابن المنذر (ص/٩٩).

(٤) وهي التي يعبر عنها بالكفالة بالبدن عند بقية الفقهاء.

(٥) قال الشيرازي: (وتجوز كفالة البدن على المنصوص في الكتب وقال في الدعاوى والبيانات إن كفالة البدن ضعيفة فمن أصحابنا من قال: تصح قولاً واحداً وقوله: ضعيفة أراد من جهة القياس ومن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما: أنها لا تصح لأنه ضمان عين في الذمة بعقد فلم يصح كالمسلم في ثمرة نخلة بعينها. والثاني: يصح وهو الأظهر، المهذب للشيرازي (٣٤٢/١).

به غرم ما عليه، لقوله ﷺ: «الزعيم غارم»^(١) لأن الفائدة في الحماله بالوجه استيفاء الحق من الحميل إن لم يمكنه إحضار الغريم بدليل امتناع الكفالة في الحدود لتعذر هذا المعنى فيها، وسواء شرط ذلك عليه أم لا في أنه يكون ضامناً للمال إلا أن يشترط أنى متكفل بوجهه، فإن هرب لم يكن على من المال الذى عليه شيء فلم يلزمه حينئذ بشرطه إلا أن يمكنه إحضاره فيفطر فيلزمه بتفريطه لأنه كمن تعمد إتلاف مال غيره، ولو مات المتحمل بوجهه لم يلزم الحميل شيء بشرط أنه غير متحمل بالمال أو أطلق لأنه لا صنع له في موته فينسب إلى تفريط.

فصل

الضمان لا يبرئ ذمة المضمون عنه، خلافاً لابن أبى ليلى^(٢) لقوله ﷺ: «نفس المؤمن مرتهنة بدينه متى يقضى عنه»^(٣)، ولأن الضمان مأخوذ من الضمن وهو شغل ذمة أخرى بالحق بخلاف الحوالة التى هى مأخوذة من تحول الحق، ولأنها وثيقة فلم يبرأ بها من عليه الحق كالرهن.

فصل

يصح^(٤) فى المعلوم والمجهول خلافاً للشافعى^(٥)، لقوله ﷺ: «الزعيم غارم»^(٦) ولم يفرق، ولأنه تطوع بإلزام نفسه ما لم يكن يلزمه على وجه المعروف فجاز كالنذر.

فصل

الضمان عن الميت جائز إذا خلف وفاء من غير خلافاً، ويجوز عندنا أن يضمن عنه

(١) تقدم تخريجه.

(٢) حكى ابن قدامة ذلك عن ابن أبى ليلى وابن شبرمة وداود، وقال أبو ثور: الكفالة والحوالة سواء وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والمحمل، المغنى (٥/٧٢).

(٣) أخرجه الترمذى فى الجنائز (٣/٣٨٠) ح (١٠٧٨)، وابن ماجه فى الصدقات (٢/٨٠٦) ح (٢٤١٣).

(٤) أى: الضمان.

(٥) قال الماوردى: (ولا يصح ضمان المال حتى يكون واجباً معلوماً ولا يصح ضمان ما لم يجب ولا ما كان مجهولاً ولا الإبراء)، الحاوى الكبير (٦/٤٥١)، روضة الطالبين (٤/٢٥٠).

(٦) تقدم تخريجه.

وإن لم يخلف وفاء خلافاً لأبى حنيفة^(١)، لحديث أبى قتادة فى الرجل الذى مات وعليه ديناران فامتنع النبى ﷺ من الصلاة عليه فلما ضمنها أبو قتادة صلى عليه^(٢) لأن كل دين لو كان به وفاء صح ضمانه فإنه يصح وإن لم يكن به وفاء، أصله الضمان عن الحى.

فصل

لا يبرأ ضمين المال إلا أن يحضر وجه المتكفل به لأن التكفل يغير وجهه والبراءة إنما تكون بخروجه مما تكفل به، واختلف عنه فى مطالبة الكفيل مع القدرة على أخذ الحق من الغريم فعنه فى ذلك ثلاث روايات: إحداهما أن له ذلك وهو قول أبى حنيفة^(٣) والشافعى^(٤)، والأخرى أن ليس له مطالبة الكفيل إلا أن يتعذر أخذ الحق من الغريم وهو قول عبد الملك، والثالثة أنه ابتداءً بمال الغريم فإن وفى لم تكن له مطالبة الكفيل، فإن عجز أخذ باقى الحق من مال الكفيل، وهذا على التحقيق ليس برواية ثالثة وإنما رجوع إلى الثانية.

فوجه الأولى قوله ﷺ: «الزعيم غارم»^(٥) ولم يفرق، ولأنها حال ضمان كحال إفلاس الغريم، ولأن الضامن أقام نفسه مقام الغريم فى شغل ذمته بالحق على الوجه الذى كانت ذمة الغريم مشغولة به فإذا كان له مطالبة الغريم فكذلك له مطالبة الكفيل.

وجه الثانية ما احتج به أحمد بن المعذل وهو الضمان فى العادة إنما هو لحفظ الحق من التوى^(٦) والهلاك، ولم يوضع لأن يكون الضامن كالغريم فى أصل المطالبة فإذا صح ذلك لم تكن له المطالبة إلا على الوجه الذى عليه دخل الضامن.

فأما الثالثة فمرتبة على ذلك، وذلك أنه يبدأ بمال الغريم لأنه أحق بالمطالبة فإن وفى به سقط عن الضمين، وإن عجز تم من مال الضمين لأن استيفاء متعذر من الغريم وهذه فائدة الضمان.

(١) الاختيار للموصلى (٢/٢٣٢).

(٢) أخرجه البخارى فى الحوالة (٤/٥٤٥) ح (٢٢٨٩) وأحمد فى المسند (٣/٣٦٣) ح (١٤١٦٧).

(٣) قال الموصلى: (إن شاء طالب الكفيل وإن شاء طالب الأصل وله مطالبتهما جميعاً وتفريقاً ليتحقق معنى الضم)، الاختيار للموصلى (٢/٢٣٠)، الهداية للمرغينانى (٣/٩٩).

(٤) الحاوى الكبير للمارردى (٦/٤٣٦)، روضة الطالبين (٤/٢٦٤).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) التوى: الهلاك، انظر القاموس المحيط (٤/٣٠٧).

فصل

وإذا مات الضمين دون حلول الحق ففيها روايتان: إحداهما أن المال يؤخذ من تركة الضمين فيدفع إلى صاحب الدين ويرجع به ورثة الضمين على المضمون عنه فيأخذونه منه عند أجله، والثانية أنه يؤخذ قدر الحق من تركته فيعزل إلى أن يحل الأجل^(١) فإن أمكنه أخذه من الغريم رد على ورثة الضمين، وإن تعذر ذلك أخذ حيثئذ من مال الضمين، والأولى مخرجة على أن له أن يطالب في حلول الحق أيهما شاء لأن موت الضمين يحل الحق عليه، والثانية مبنية على أنه ليس له مطالبة الضمين إلا أن يتعذر أخذه من الغريم، وإنما يعزل لثلا يتلفه الورثة.

فصل

الحمالة بالكتابة لا تصح لأنها ليست بدين ثابت مستقر، ولأن العبد إن عجز رق وانفسخت الكتابة^(٢).

فصل

وإن قال لرجل ذابن فلاناً وأنا ضامن لما تعطيه جاز ذلك ولزمه ضمان ما يداين به مثله^(٣) وذلك مبنى على ثلاثة أصول: أحدها أن ضمان الحق قبل وجوبه جائز كقوله: ألق متاعك في البحر وعلى ضمانه وقد ذكرناه في الرهن، والثاني: أن ضمان المجهول جائز وقد قدمناه، والثالث: أن الإطلاق في مثل ذلك محمول على العادة دون ما يخرج عنها.

(١) حكاهما في المدونة الكبرى (١٣١/٤).

(٢) المدونة الكبرى (١٣٩/٤).

(٣) بلغة السالك لأقرب المسالك (٦٦٦/٢).

[بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ]

صلى الله على محمد [(١)]

٢٤

كتاب الوكالة (٢)

تصح الوكالة من الحاضر والغائب والرجل والمرأة خلافاً لأبي حنيفة في قوله إنها لا تصح إلا من غائب أو مريض أو امرأة غير (٣) بررة (٤)، لأن علياً رضى الله عنه وكل عقيلاً وقال: هذا عقيلاً ما قضى عليه فعلى وما قضى له فلى ولم ينكر ذلك أحد، ولأن كل وكيل صح مع الغنية صح مع الحضور، أصله توكيل المريض، ولأن كل وكالة صحت برضا الموكل عليه صحت وإن لم يرض كوكالة الغائب والمرأة غير البررة.

فصل

لا يفتر التوكيل إلى حضور الخصم، وكذلك إثبات الوكالة عند الحاكم خلافاً لأبي حنيفة في منعه ذلك إلا أن تتعلق الخصومة بحاضر مثل أن يدعى على جماعة فيحضر واحد منهم ويغيب الباقيون (٥)، لأنه توكيل في استيفاء حق فلم يكن من شرطه حضور الموكل عليه، أصله إذا وكله على جماعة فحضر واحد وغاب الباقيون، ولأنها استنابة فيما تصح فيه النيابة لم يفتر إلى حضور الغير كالتوكيل في البيع.

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) الوكالة في اللغة تطلق على معان أحدها: الحفظ، وهو يعم هذا الباب وغيره ثم خص ذلك شرعاً على حفظ خاص، وفي الاصطلاح: «نباية ذى حق غير ذى إمرة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته»، شرح حدود ابن عرفة (٤٣٧/٢).

(٣) انظر الهداية للمرغيناني (١٥٣/٣)، الاختيار للموصلى (٢١٢/٢).

(٤) المرأة البررة: هى التى تخرج لتقضى حوائجها وهى ضد المرأة الخفرة بفتح الخاء المعجمة وكسر الفاء أى: الشديدة الحياء، خفرت تخفر خفراً فهى خفرة ومختفرة، المطلع (ص/٣٤٧).

(٥) الاختيار للموصلى (٢١٢/٢)، الهداية للمرغيناني (١٥٣/٣).

فصل

الوكالة جائزة في كل الحقوق التي تصح فيها النيابة من البيع والشراء، والاجارة، وعقد النكاح، والطلاق، واقتضاء الدين وقضائه، وخصومة الخصم، وتزويج الولي وغير ذلك مما يجرى مجراه.

فصل

إذا استوفى الوكيل ما أمر بابتياحه: فإن كان بضمن مثله جاز وقال الشافعي لا يجوز^(١)، وكذلك عندنا للوصي والأب أما الدلالة على جواز ذلك للوصي وللأب فلقوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾ [البقرة: ٢٢٠]، ولأنه إنما أقيم للنظر في مال من يلي عليه فإن كان الذي يشتريه بزيادة فذلك أحظ لليتيم وأسوأ أحواله أن يكون كالاجنبي، وأما الوكيل فلأن غرض الموكل توفير الثمن دون أعيان المشترين ولأن ذلك هو المقصود فيجب بحصوله أن يصح.

فصل

إذا وكله في البيع وكالة مطلقة لم يجوز له أن يبيع إلا بضمن مثله نقداً بنقد ذلك البلد، فإن باع بما لا يتغابن الناس بمثله أو بتأخير أو بنقد يخالف نقد البلد لم يلزم ذلك الموكل إلا برضاء، وكذلك لو وكله في شراء شيء وكالة مطلقة لم يكن له أن يشتريه إلا بضمن مثله، وقال أبو حنيفة: يجوز في البيع أن يبيع إلى أجل وبغير نقد البلد وينقصان من ثمن المثل أو بما لا يتغابن الناس بمثله^(٢)، ووافقنا فيه إذا وكله بشراء عبد أنه ليس له أن يشتريه بأكثر من ثمن مثله ولا إلى أجل.

فدليلنا على أنه لا يجوز بيعه بما لا يتغابن الناس بمثله أنه توكيل في مساومة فلم يجوز فيه التغابن المتفاوت كالتوكيل في الشراء، ولأن المحابة في حكم الهبة بدليل اعتبارها من الثلث حال المريض ومنعها للوارث، وقد ثبت أن الوكيل ليس له هبة الشيء الذي وكل فيه وكذلك لا يملك المحابة فيه، ودليلنا على أنه لا يجوز أن يبيع نساء ولا بغير نقد البلد أن التوكيل إنما كان في بيع مطلق والبيع في الشرع يقتضي النقد بنقد البلد: كما لو

(١) انظر الحاوي الكبير للماوردي (٥٣١/٦)، مختصر المزني بهامش الأم (٧/٣).

(٢) الهداية للمرغيناني (١٦٢/٣)، الاختيار للموصلي (٢١٨/٢).

قال رجل: معنى هذا الثوب بمائة درهم فقال: بعته لك هذا الإطلاق يقتضى التعجيل بنقد البلد، إنما قلنا: إنه يكون بالخيار لأن من باع ملك غيره أو وهبه وقف على إجارته وقد ذكرناه فى البيوع.

فصل

إذا وكله فى قبض دين له على رجل أو وديعة عنده فصدد الغريم الوكيل وليس للوكيل بينة لا يجبر الغريم على دفع الشيء إلى الوكيل، خلافاً لأبى حنيفة فى قوله: إنه يجبر إذا كان الحق فى الذمة ولا يجبر إذا كان فى غير ذمته^(١)، ولأنه لا يلزم الغريم أن يدفع إلا ما يبرأ به بدليل أنه لو كان عليه حق فطالبه صاحبه به كان له أن يمنعه حتى يحضر الوثيقة وتسقط شهادة الشهود، والدفع بالإقرار لا يبرأ به بدليل أن صاحب الدين لو جحد الوكالة لزمه دفعه إليه ثانية، وإذا كان كذلك لم يلزمه الدفع، وتحريره أن يقال: كل من لم يبرأ بالدفع إليه لم يجبر على دفعه إليه كالأجنبى، ولأنه أقر على غيره بالتوكيل فلم يلزم بحكم ذلك الإقرار تسليم ما فى يده إلى الوكيل اعتباراً بما فى يده من العين.

فصل

إذا ثبت أنه لا يجبر على الدفع إلى من يعترف بأنه وكيل بغير بينة على الوكالة، فلو اعترف له صاحب الحق فقد برىء وإن أنكر الوكالة وأقر قبض الحق برىء الغريم أيضاً لأن ثبوت الوكالة ليس بشرط فى الإبراء، كما لو بعث به الغريم على يد رسول ابتداء واعترف صاحب الحق بقبضه لبرىء الغريم فإن أقر صاحب الحق بالوكالة وأنكر أن يكون الغريم دفع الدين إلى الوكيل لم يلتفت إلى أقوال الوكيل بالقبض وإنكاره ولزم الغريم إقامة البينة بالدفع إلى الوكيل، فإن لم يقدّم بينة غرم فى ذلك لصاحب الحق لأن الغريم هو الذى ألتف ماله لأنه حين دفعه إلى من يبرأ بالدفع إليه وكذلك لو كانت الوكالة بينة فدفع الغريم إلى الوكيل بغير بينة وأنكر صاحب الحق فإن الغريم يغرّم المال لأن إقرار الوكيل بالقبض غير مقبول على الموكل لأن الوكيل أمين فيما بينه وبين موكله لا فيما بينه وبين غيره، وإذا كان كذلك فإن الغريم يغرّم المال ثانية وله إحلاف صاحب الحق أنه لم يقبضه ولم يعلم بدفع الحق إلى وكيله فإن ادعى الوكيل أنه دفع المال إليه

(١) الهداية للمرغينانى (٣/١٦٨).

بيينة وأقامها فإن الغريم يبرأ بذلك، ولا يحتاج إلى إقامة بيينة على الدفع إلى الوكيل لأن البيينة قد شهدت بقبض صاحب الحق [بحقه فإن ادعى الدفع إلى صاحب الحق]^(١) بغير بيينة فلا يلزم ذلك صاحب الحق على ما بيناه.

فصل

الوكيل مؤتمن فيما بينه وبين موكله: فإن ادعى رد [ما]^(٢) أودعه أو أسلمه إليه ليشتري به أو ليدفعه إلى غيره أو على أى وجه كان، صدق مع يمينه، فإن وكله بقبض دين وادعى أنه قبضه وسلمه إلى موكله أو أنه ضاع منه قبل تسليمه إلى الموكل، فإن ثبت قبضه إياه ببيينة من الغريم صدق فى الضياع وفى إقباض الموكل، وإن لم يثبت ذلك إلا بإقراره أو بإقرار الغريم فالدين باق على الغريم لا يبرأ إلا ببيينة على دفعه إلى الوكيل على ما بيناه، ولو وكله على أن يقبض عنه ديناً لم يكن له أن يدفعه إلا ببيينة فإن دفعه بغير بيينة لم يبرأ الوكيل إن جحد صاحب الحق ويغرم الوكيل لأنه أتلف على الموكل ماله بترك التوثق، وعليه أنه لا يبرأ بذلك وليس له أن يتلف ماله، وكذلك الوصى يقضى [غرم الميت]^(٣) بغير بيينة فهو ضامن لأنه أتلف ذلك على الأصاغر.

فصل

الوكالة عقد جائز وليس من العقود اللازمة، وفائدة ذلك أن لكل واحد من المتعاقدين الخروج من العقد أى وقت شاء من غير اعتبار برضا الآخر ولا خلاف أن الموكل له عزل الوكيل حضر الوكيل أم غاب، وكذلك للوكيل عندنا عزل نفسه عن الوكالة مع حضور الموكل^(٤) وغييبته، خلافاً لأبى حنيفة فى قوله ليس ذلك للوكيل إلا مع حضور الموكل، لأنه عقد لا يفترق إلى شخص فلم يفترق إلى حضوره كالطلاق والعتاق بعكسه البيع، ولأنه أحد متعاقدى الوكالة فلم يقف فسخه على حضور الآخر كالموكل.

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ثبت فى (ب) (رد مال).

(٣) سقطت من (أ).

(٤) قال الموصلى: (ولو عزل الوكيل نفسه لا ينعزل بدون علم الموكل لأنه عقد تم بهما وقد تعلق به حق كل واحد منهما ففى إبطاله بدون علم أحدهما إضرار به). الاختيار للموصلى.

فصل

إذا تصرف الوكيل بعد علمه بعزل الموكل له فتصرفه باطل ويضمن ما أتلفه^(١) له لتعديده، وإن علم ذلك غريم أو معامل للموكل لم يجز تسليمه لشيء مما كان يجوز له أن يسلمه بحق الوكالة إلى الوكيل: فإن فعل ذلك لم يبرأه وضمن من غير اعتبار بعلم الوكيل، فأما إذا تصرف الوكيل بعد ثبوت عزل الموكل له ببينة أو بموته والوكيل لا يعلم فاختلف فيه، فقال ابن القاسم: تصرفه مردود، وقال غيره من أصحابنا: تصرفه صحيح^(٢)، فدللنا على البطلان أن العزل معنى يسقط الوكالة فلم يختلف بعلم الوكيل بموجبه وجهله، أصله الموت.

فصل

إذا وكله في شراء جارية للوطء أو الخدمة أو تزويج أو شراء ثوب أو عبد لم يصفه له جار، ويلزمه من ذلك ما يشبه دون ما لم يشبه لأن إطلاق الوكالة يقتضى ما يشبه، فإذا ادعى غيره لم يقبل منه لأنه خلاف العرف كما لو ادعى في بيع سلعة أنه وكله في بيعها بما لا يتغابن الناس بمثله لم يصدق لأنه خلاف العرف^(٣).

(١) الشرح الصغير بهامش بلغة السالك (٧٣٤/٢).

(٢) انظر الكافي لابن عبد البر (٧٨٨/٢).

(٣) بلغة السالك لأقرب المسالك (٧٢٢/٢).

[بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ]

صلى الله على محمد ^(١)

٢٥ كتاب الإقرار ^(٢)

إذا أقر بمال ولم يذكر مبلغه اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: يرجع في تفسيره إليه فيلزمه قدر ما يقر به من قليل أو كثير ولو قيراط أو حبة وهو قول الشافعي ^(٣) ومنهم من قال: يسجى على أصول مالك أن يلزمه ربع دينار إن كان من أهل الذهب وثلاثة دراهم إن كان من أهل الورق، وذكر عن ابن المواز أنه يلزمه عشرون ديناراً إن كان من أهل الذهب أو مائتا درهم إن كان من أهل الورق، وقال: بعض أصحابنا: ويسجى على هذا أن يلزمه إن كان من أهل الإبل والبقر والغنم أول نصاب منهما.

فوجه القول بنفى التقدير قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا﴾ [النساء: ١٠]، وقوله: ﴿وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ [النساء: ٥]. ولا خلاف أن هذا ينتظم القليل والكثير، ولأن هذا الاسم لجنس ليس له تقدير في شرع ولا لغة فوجب أن يلزم الاسم لقليله وكثيره.

وجه القول بمراعاة نصاب القطع إنه لما عدم المقدار من جهة المقر وكان لنا سبيل إلى تقديره وجب تقديره ولا يجب نفيه لنفى المقر ووجدنا المقادير تعلم من ثلاثة أوجه: إما لغة، أو شرعاً، أو عادة وقد انتفت من طريق اللغة والعادة وثبتت من طريق الشرع في مواضع منها نصاب الزكاة، ومنها تقدير المهور، والقطع فأخذنا بأقل المقادير لأنه المتيقن

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) الإقرار في اللغة: هو الاعتراف والإذعان للحق، القاموس المحيط (١١٦/٢)، وفي الاصطلاح: خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه، شرح حدود ابن عرفة (٤٤٣/٢).

(٣) الأم للشافعي (٢١١/٣)، روضة الطالبين (٣٧١/٤).

وأول ما يتناوله الاسم، ووجه اعتبار نصاب الزكاة أن اسم المال لما كان لا يكفى فيه الجنس ووجدنا العادة تمنع إطلاق الإسلام على ثلاثة دراهم أو ربع دينار وهى أن تكون فيها تقدير فإنها لا تثبت الاسم إلا فى حد من الكثرة فكان أولى المقادير ما اتفق عليه العادة من طريق الجملة والشرع من طريق التفصيل وهو مائتا درهم أو عشرون ديناراً.

فصل

إذا أقر بمال عظيم أو كثير: فمن أصحابنا من قال: هو بمنزلة مال على التحديد ويرجع فى تفسيره إليه وهو قول الشافعى^(١)، ومنهم من قال: ثلاثة دراهم أو ربع دينار، ومنهم من اعتبر نصاب الزكاة، ويحتمل عندى قولين رائدين على هذا أحدهما: ألف دينار وهو قدر الدية، والآخر ما زاد على نصاب الزكاة.

فوجه القول بأنه لا حد فى ذلك أن وصف الشيء بالعظم لا يفيد حداً لأنه يختلف بإضافته إلى ما دونه وإلى ما فوقه وإذا كان كذلك لم يكن ها هنا طريق بتقديره فوجب الرجوع إلى تفسيره.

ووجه اعتبار نصاب القطع أنه قد ثبت أن وصفه بالعظيم يقتضى صفة رائدة على الاسم لأن [قوله]^(٢) عظيم يفيد ثبوت زيادة على ما دونه، ومتى رجعنا فى تفسيره إليه ففسره بأقل ما يقع عليه اسم المال مثل حبة وقيراط لم يستحق الاسم لأنه ليس دون لكون هو أعظم منه، فإذا ثبت ذلك وجب تقديره بزيادة عليه وقد ثبت اسم العظم لما يقطع فيه اليد ويستباح به البضع فى مواضع منها قوله تعالى: ﴿ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات﴾ [النساء: ٢٥]. يريد المهر^(٣)، وقول عائشة رضى الله عنها: كان رسول الله ﷺ لا يقطع فى التافه وكان يقطع فى ربع الدينار^(٤)، فثبت أن هذا ليس بتافه، والتافه هو اليسير الحقير الذى لا قدر له وإذا انتفى هذا الاسم عنه دخل فى أول اسم العظم.

ووجه اعتبار نصاب الزكاة أن ذلك إنما ضرب لأنه أقل لما يحتمل المواساة، وما دونه لا يحتمل ذلك لضعفه عنه وإذا كان كذلك فإن تقديره بهذا أولى، والذى ذكرته أقوى

(١) روضة الطالبين (٤/٣٧٥)، الأم للشافعى (٣/٢١١).

(٢) ثبت فى (ب) (قولنا).

(٣) انظر تفسير الطبرى (٤/١٧).

(٤) ذكره الحافظ الزيلعى (٣/٣٦٠) وعزاه إلى ابن أبى شيبة فى مصنفه.

فى الاحتمال وأولى فى التقدير من كل هذا لأنه إذا ثبت أن العظيم يتضمن أن هناك دونه امتنع قول من يعتبره بأنه يرجع إلى ما يقر به، وإن كان حجة أو فلسفياً لأنه لا شيء فى الحقر والدناءة أقل من هذا وذلك ينافى فى وصفه بالعظم وهذا واضح الفساد وإذا بطل ذلك وجب التحديد، ثم رجعنا إلى قول من حده بربع دينار وبعشرين ديناراً فوجدنا من يذهب إلى ذلك إقراره بأن له مالا مجرداً عن ذكر العظم والكثرة فلم يجوز أن يكون الموصوف بالعظم والذي لم يوصف به بقدر واحد فلم يكن بد من زيادة عليه، فإذا ثبت ذلك وجب أمرين: إما تقدير يوصف بأنه عظيم وكثير وهو الدية لأننا لا نختلف أنها لا يتقدر بها اسم المال على الإطلاق فوجب أن يكون مقداراً لما يسمى مالا عظيماً أو أن يلزمه زيادة على المقدار الذى يلزمه بمجرد قوله له: على مال وتكون الزيادة مؤثرة [بحسب] (١) العرف فى وصف ذلك المقدار بالعظم ويرجع فى تقديره إليه.

فصل

إذا قال له: على دراهم أو دنائير لزمه له ثلاثة دراهم أو ثلاثة دنائير وهذا مبنى على أصل مالك رحمه الله أن أقل الجمع ثلاثة، ودليلنا عليه أن أهل العربية قسموا الأسماء إلى آحاد وثنائية وجمع وجعلوا لكل قسم من ذلك صيغة وعادة موضوعة له تفيد معناه دون غيره: فقالوا: رجل ورجلان ورجال، وإن جاز اتفاق الثنائية والجمع فى كتابات آخر فغير منكر أن يتجاوز بذلك كما يجوز كناية الجمع على الواحد، ويجب على قول من يقول من أصحابنا: إن أقل الجمع اثنان يلزمه درهمان وهو قول عبد الملك بن الملاجشون.

فصل

ولو قال له دراهم كثرة: فذكر ابن عبد الحكم لأصحابنا فيها قولين: أحدهما ما راد على ثلاثة دراهم، والآخر: أنه يلزمه تسعة دراهم، وبعض شيوخنا الذين درسنا عليهم يقول: يلزمه مائتا درهم، وقال أبو حنيفة: تلزمه عشرة دراهم (٢)، وقال الشافعى: تلزمه ثلاثة دراهم (٣).

(١) ثبت فى (١) (بسبب).

(٢) الهداية للمرغينانى (٣/٢٠١)، الاختيار للموصلى (٢/١٧٢).

(٣) قال الماوردى: (وهذا صحيح إذا قال: له على دراهم فأقل ما يقبل منه ثلاثة دراهم وهو أقل الجمع المطلق من الأعداد)، الحاروى الكبير للماوردى (٧/١٦)، روضة الطالبين (٤/٣٨٠).

ودليلنا على فساد قول أبي حنيفة والشافعي أن الإقرار يتضمن مالا بصفة وهي الكثرة فلم يكن بد من اعتبارها، وقد ثبت أنه لو لم يصفه بذلك للزمه هذا القدر، وكذلك لو وصفه بالقلة للزمه أيضاً ثلاثة دراهم، [وبقي^(١)] في هذا أمران فاسدان: إما أن يفيد وصفه بالقلة والكثرة فائدة واحدة وذلك باطل، أو أن يلغى الصفة ولا يؤخذ بها وذلك أيضاً باطل، فإذا بطل ذلك لم يبق إلا ما قلناه من زيادة على ما يتضمنه إقراره بدراهم مجردة عن صفة الكثرة، فإذا تقدر هذا فوجه القول بأنه يلزمه زيادة على الثلاثة دراهم^(٢) اتفاقنا على أنه لو أقر بدراهم قليلة لكانت ثلاثة، فوجب أن يفيد إقراره بالكثرة زيادة على ما يفيد إقراره بالقلة وليس في الكثرة حد فيرجع في ذلك إليه.

ووجه القول بأنه تسعة دراهم أن وصفها بالكثرة مبالغة في زيادة المقدار والتباعد عن القلة فوجب أن يضاعف ثلاثة أضعاف: أعنى يكون مثلها ثلاث مرات لأن الكثرة اسم يجمع الكثير فلما كان اسم الدراهم يفيد في الأصل ثلاثة لكونه أقل الجمع فكذا الكثرة قد ما يقع عليه اسم الدراهم ثلاث مرات، ووجه قول شيخنا إنه يلزمه مائتا درهم هو أن من أصله إذا قال: على مال عظيم إنه يلزمه مائتان وعظيم وكثير واحد فكذا إذا قال دراهم عظيمة أو كثيرة.

فصل

ولو قال: له على دراهم لا قليلة ولا كثيرة قال محمد بن عبد الحكيم يلزمه أربعة ووجه ذلك أنه نفى عنها القلة. وجب بذلك زيادتها على الثلاثة التي لو وصفها بالقلة للزمته، وإذا وجب ذلك لزمه زيادة جزء من آحاد ما أقر به فتكون أربعة، وذلك يحتمل وجهاً آخر وهو أنه يلزمه زيادة على الثلاثة ويرجع في ذلك إلى تفسيره على القول بأنه إذا قال: له على دراهم كثيرة لزمه زيادة على الثلاثة ويرجع إلى تفسيره، وكان هذا أولى لأن الغرض خروج الدراهم المقر بها عن اسم القلة.

فصل

إذا قال: له على دراهمات أو دنيرات فهو بمنزلة دنائير ودراهم لأن التصغير لا يؤثر في المعنى عن أصله.

(١) سقطت من (أ).

(٢) سقطت من (ب).

فصل

إذا قال: له على ألف ودرهم قال شيوختنا: يلزمه الدرهم^(١) الذى عليه ويرجع فى تفسير الألف إليه، ولم يكن قوله ودرهم تفسيراً للألف، ويقال له: سم ألف شئت فأى نوع فسر به لزم بقوله وأخذ به جملة من غير تفصيل، وكذلك لو قال: ألف ودينار أو وثوب أو وعبد ودابة وغير ذلك.

وقال أبو حنيفة: إن كان المفسر المعطوف به على الألف مما يكال أو يوزن أو يباع عدداً كالدرهم والدينار والطعام وغير ذلك كان تفسيراً للألف فإن كان مما يباع بعينه لا بمقدار من وزن أو كيل أو عدد كالثياب والعبيد لم يكن تفسيراً^(٢) [لها، ودليلنا أن كل ما لزم به حق بنفسه لم يكن تفسيراً]^(٣) لما تقدمه، أصله إذا قال: له على ألف ووثوب، ولأن العطف قد يكون عطفاً على الجنس وعلى غير الجنس فلا يقضى بالمحتمل ووجب الرجوع فى تفسيره إلى المقر.

فصل

إذا قال: غصبت له شيئاً أو له عندى شيء: رُجع فى تفسيره إليه وقبل منه ما يقع عليه اسم الشيء، وكذلك إذا أقر بثوب أو عبد حلف على ما يقر به إن أنكره المدعى عليه، وفروع هذا الباب كثيرة.

فصل

إذا قال له على كذا درهماً: قال محمد بن عبد الحكم: تلزمه عشرون درهماً، وإن قال: كذا وكذا درهماً لزمه أحد عشر درهماً، [فإن قال: كذا وكذا درهماً لزمه أحد وعشرون درهماً]^(٤)، وقال الشافعى فى قوله كذا كذا درهماً: أنه يلزمه درهم واحد^(٥)، وفى قوله: كذا وكذا تلزمه درهماً^(٦)، ودليلنا أن قوله: كذا وكذا لا يطلق إلا على

(١) سقطت من (ب).

(٢) انظر الاختيار للموصلى (١٧٣/٢)، الهداية للمرغينانى (٢٠٢/٣).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٥) ثبت فى بعض النسخ (فى قوله كذا وكذا أنه يلزمه درهماً واحداً) وما أثبتناه من (١).

(٦) روضة الطالبين (٣٧٧/٤)، الحاوى الكبير للماوردى (٢٧/٧).

عدد ولا يراد به درهم واحد هذا ظاهر الاستعمال في عادة اللغة فبطل حمله على درهم واحد، وإذا بطل ذلك فقد علمنا أن الكناية تفسرها بما لو صرح به لصح ولم يمتنع وأول عدد يصح أن يقال فيه درهماً أحد عشر فحملناه عليه، وإنما حملنا كذا درهماً على عشرين لأنه أول عدد مستقل بنفسه يقال فيه درهماً، وحملنا كذا وكذا على أحد وعشرين لأن ذلك متيقن لكونه أقل ما في باله وما زاد عليه مشكوك فيه.

فصل

إذا قال: له على بضعة عشر درهماً كان له ثلاثة عشر درهماً لأن البضع من الثلاثة إلى التسعة، وقيل في قوله تعالى: ﴿قُلِبَتْ فِي السِّجْنِ بَضْعٌ سِنِينَ﴾ [يوسف: ٤٢]: إنه سيع^(١).

فصل

إذا قال: له على ثوب في منديل أو في صندوق كان مقرراً بالثوب دون الوعاء، ولو قال: له عندى عسل في رق^(٢) لكان مقرراً بالعسل والرق، وفرق أصحابنا بينهما بأن العسل يفتقر إلى الوعاء لأنه لا يمكن أخذه إلا في وعاء والثوب يمكن أخذه بغير منديل فلم يتضمن الإقرار به إقراراً بظرفه.

فصل

يصح الاستثناء من غير الجنس وصورته: أن يقول له: على ألف درهم إلا ثوباً أو عبداً أو دابة فيقال له: اذكر قيمة العبد أو الثوب الذي استثناءه، ويكون مقرراً بما فضل من الألف عن قدر قيمته، وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك فيما يكال أو يوزن ولا يجوز فيما لا يكال ولا يوزن^(٣)، مثلاً أن يقول: له على ألف درهم إلا كر حنطة فيلزمه، ولو قال: ألف إلا دابة لم يصح، وقال زفر لا يصح استثناء من غير الجنس^(٤).

(١) تفسير ابن كثير (٤٧٩/١ - ٤٨٠)، طبعة دار إحياء الكتب العربية.

(٢) الزق بالكسر السقاء أو جلد يجز ولا يتف للشراب وغيره جمع أرقاق . القاموس المحيط (٢٤١/٣).

(٣) انظر الهداية للمرغيناني (٢٠٥/٣)، الاختيار للموصلي (١٧٨/٢).

(٤) انظر الاختيار للموصلي (١٧٨/٢).

ودليلنا على جوازه ورود اللغة به قال الله تعالى: ﴿فسجد الملائكة كلهم أجمعون﴾ *
إلا إبليس﴾ [الحجر: ٣٠-٣١]، وقال الشاعر:

وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير وإلا العيس
ولا يقال لشيء من هذا أنيس.
وقال آخر:

* وما بالربع من أحد إلا الأوارى *^(١)

ودليلنا على أنه لا فرق بين ما يكال ويوزن وبين غيره أن أهل اللغة لم يفرقوا بين ذلك ولا اعتبروا هذا الفرق، واعتباراً بما يكال ويوزن.

فصل

استثناء الأكثر من الأقل يجوز خلافاً لعبد الملك^(٢) وغيره، ولأن معنى الاستثناء أن يخرج من الكلام ما لولاه لوجب تناوله له وهذا يصح في الكثير إذا أخرج عن القليل كصحته في القليل إذا أخرج من الكثير، وليس فيه إلا أن استعمالهم له يقل أو يستقيم وذلك لا يمنع تعلق الأحكام به، ولأنه لو قال: بعثك هذه الدار إلا خمسة أسداسها لصح ولكان بيعاً للسدس، وكل استثناء صح في البيع صح في الإقرار كالقليل.

فصل

إذا قال: لزيد على مائة درهم ثم قال بعد ذلك: لزيد على مائة درهم فإنهما مائة واحدة كان في ذلك المجلس أو في مجلس آخر لزمه مائتان^(٣)، لأنه أعاد الإقرار على لفظه ومعناه فلم يلزمه بمجرد الثاني حق، أصله إذا كان ذلك في المجلس.

فصل

إذا قال: لفلان على ألف درهم وفلان أو فلان: فنصف ألف للمقر له أولاً والنصف الباقي بين المشكوك فيهما، وذلك أن الأول غير مشكوك فيه وإنما الشك فيمن

(١) الأوارى جمع أور حار النار والشمس والعطش والدخان واللهب والجنوب. القاموس المحيط (٣٦٦/١).

(٢) انظر حاشية الدموقي على الشرح الكبير (٤١٠/٣).

(٣) انظر الفتاوى الهندية (١٦٨/٤).

يحصل شريكاً له فى الإقرار، والشك لا يقدر فى الإقرار الأول وإنما يقدر فى الاثنين الآخرين فيكون بينهما.

فصل

إذا قال: لفلان على ألف درهم وإلا فعبدى حر لزمه الألف لأن قوله وإلا فعبدى حر حلف على تقرير الإقرار.

فصل

إذا قال: له على دينار ولم يقل جيداً ولا ردياً ولا وارثاً ولا ناقصاً ومات حكم عليه بدينار جيد وازن بنقد ذلك البلد لأن إطلاق الكلام محمول على التعارف كالبيع والشراء والإجارة، وإن كان نقد البلد مختلفاً فاختلف أصحابنا: قال محمد بن عبد الحكم: يلزمه دينار من أى نقد البلد مختلفاً ويحلف إن طلب ذلك المقر له، وقال شيخنا أبو بكر [الأبهري]^(١): يحتمل هذا والأجود أن يلزم الورثة أوسط النقود.

فصل

الإقرار للأجانب الذين لا يتهم لهم فى الصحة والمرض سواء يتحاصون بينهم على قدر حقوقهم لا يقدم من أقر له فى الصحة على من أقر له فى المرض، خلافاً لأبى حنيفة فى قوله: يبدأ غرماء الصحة على غرماء المرض فيوفون ديونهم فإن فضل كان للغرماء المقر لهم فى المرض^(٢)، لأن المقر ممن لا يتهم المقر فى إقراره فأشبهه إذا أقر له فى الصحة، واعتباراً أنه إذا قامت له البيئة.

فصل

إذا أقر فى مرضه المخوف لوارث نظر: فإن كان ممن يتهم فى إقراره له لم يقبل إقراره، وإن كان ممن لا يتهم فى إقراره له قبل، مثل أن يترك ابناً وابنة وزوجة ومولى

(١) سقط من (١).

(٢) قال المرغيناني: (وإذا أقر الرجل فى مرض موته بديون وعليه ديون فى صحته وديون لزمته فى مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الأسباب مقدم) الهداية (٣/٢٠٩ - ٢١٠)، الاختيار للموصلى (٢/١٨٣).

أو بعض العصبية الأباعد فيقر له بدين فهذا يبعد أن يتهم له في العادة فيقبل [إقراره، وقال أبو حنيفة : لا يقبل إقراره لو ارث جملة^(١) وقال الشافعي : يقبل]^(٢) على كل وجه^(٣).

فدللنا على أبي حنيفة أن منع إقراره للوارث للتهمة بالإرءاء^(٤) ولمحبة صرف ماله إلى الأقرب إليه ومن يعلم محبته له من ورثته فإن انتفى هذا المعنى وجب قبوله، ودلينا على الشافعي أنه لما كان متهمًا في إقراره له بالدين ليزوى عنه من الورثة وجب رد إقراره له وإلا كان في ذلك ذريعة إلى تمكينه في الإرءاء، ومن الوصية للوارث وإذا كان كذلك وجب منعه.

فصل

وفى إقراره للصديق الملائف روايتان: إحداهما رده، والأخرى قبوله^(٥) ويكون في الثلث، فوجه الرد أنه متهم في إقراره له أن يكون أراد إرءاء المسلمين أو الأباعد من عصبته والوصية له بزيادة على الثلث فجعله إقرار له فيجب رده، ووجه القبول أن أكثر ما في ذلك أن يكون هبة ووصية فالذى يخشى منه أن يكون من رأس المال، فإذا أحسمنا هذا الباب فجعلناه من الثلث جار.

فصل

إذا ترك ابنين فأقر أحدهما بثالث: فإن النسب لا يثبت لأنه مقر على غيره ويعطيه عندنا ثلث ما في يديه وهو قدر ما يخصه من الميراث على هذا المقر لو أقر به الأخ الآخر، وعلى هذا الحساب يثبت الإقرار من بعض الورثة لو ارث.

(١) قال الموصلي: (وإقرار المريض لوارثه باطل إلا أن يصدقه بقية الورثة) الاختيار (١٨٣/٢)، الهداية (٢١٠/٣).

(٢) سقط من (ب).

(٣) الحارثي الكبير للماوردي (٣٠/٧)، مختصر المزني بهامش الأم (١٤/٣).

(٤) الإرءاء يطلق على الطوى والجمع والضم. القاموس المحيط (٣٣٩/٤).

(٥) حكاهما ابن عبد البر في الكافي (٨٨٨/٢).

فصل

وقال [الشافعى: لا يعطى شيئاً، وقال أبو حنيفة^(١): يعطيه نصف ما فى يديه^(٢) فدللنا على^(٣)] الشافعى أن إقراره يتضمن شيئين: أحدهما على نفسه، والآخر على غيره فالذى على نفسه استحقاق المقر له ما فى يده من المال زيادة على قدر ميراثه، والذى على غيره كون المقر به ابناً لأبيه فقبُل إقراره على نفسه ولم يقبل على غيره، ولأن الميراث يستحق بنسب ويسبب ثم إنه لو قال: هذه المرأة زوجة أبى ومات عنها وهى زوجته لا أعلمها ماتت منه فأنكر ذلك الابن الآخر فإنه يؤخذ منه قدر نصيبها من الميراث مما فى يده ولا تثبت الزوجية، وكذلك فى اعترافه بالنسب.

فصل

ودللنا على أبى حنيفة أن الواجب أن يعطيه قدر ما تضمنه إقراره وذلك هو قدر ما حصل فى يده من الزيادة على ميراثه لأن تمام الميراث فى يد الابن الآخر فلم يلزم المقر دفع ما ظلم الجاحد للمقر له.

فصل

ولو ترك ابناً واحداً لا وارث له غيره فأقر لرجل بأنه أخوه ابن أبيه أعطاه^(٤) نصف ما فى يده ولم يثبت نسب المقر له، خلافاً للشافعى فى قوله: إنه يثبت نسبه، لأنه إقرار فى حق غيره فلم يقبل كما لو كانا اثنين فأقر أحدهما وجحد الآخر، ولأن إقراره ليس بأكثر من شهادته وشهادة الواحد غير مقبولة لإقراره على الغير أولى، ويفارق الجماعة لأن شهادتهم تقبل فى حق الغير.

(١) قال المزنى: (قال الشافعى رحمه الله: الذى أحفظ من قول المدنيين فيمن ترك ابنين فأقر أحدهما بأخ أن نسبه لا يلحق ولا يأخذ شيئاً لأنه أقر له بمعنى إذا ثبت وورث فلما لم يثبت بذلك عليه حق وهذا أصح ما قيل فى المذهب) مختصر المزنى (٢٧/٣).

(٢) الهداية للمرغينانى (٢١٣/٣)، الاختيار للموصلى (١٨٥/٢).

(٣) ما بين المعكوفين منقطع من (ب).

(٤) ثبت فى بعض النسخ (لأعطاه).

فصل

إذا قال: أقررت لى بمائة دينار وأنت بالغ، فقال بل أقررت بها لك وأنا غير بالغ: قال محمد بن عبد الحكم القول قول المقر مع يمينه، وأظن غيره من أصحابنا من يقول القول قول المدعى، فوجه الأول أن المدعى [يدعى]^(١) إلحاق دين بذمة المقر والمقر ينفى ذلك فلا يقبل منه إلا بيئته، ووجه الثاني أن الإقرار مستفق على حصوله إلا أن المقر يزعم أنه لا حكم له فلا يقبل منه إلا أن تقوم له بيعة بما يدعيه، وكذلك لو كان مجنوناً فبرئ فاختلفا فى الإقرار، فأما لو ادعى أنه كان مجنوناً وقال أقررت لك فى حال الجنون ولم يعلم أنه كان مجنوناً والمدعى يزعم أن الإقرار وقع فى الصحة فلاصحابنا فيها مذهبان^(٢):

أحدهما أن القول قول المقر مع يمينه ووجه هذا اعتباره به إذا قال: أقررت لك وأنا صبي لأنه أضاف الإقرار إلى حال لا يتعلق بها حكم، والآخران القول قول المدعى، والفرق على هذا بينه وبين الصبي أن الصبي معلوم حصوله والمدعى زعم بعد زواله فيحتاج إلى بيعة، وليس كذلك الجنون لأنه لم يثبت ما يدعيه المقر منه فلم تقبل إضافته الإقرار إلى حال لا يعلم أنه كان عليها، ومثل ذلك لو قال: قذفتى وأنت بالغ، فقال: قذفتك وأنا صبي الحكم فيه واحد، ولو أقر وهو بالغ عاقل أنه كان استهلك له مائة دينار حال صغره أو جنونه غرم له لأن هذه أحوال يثبت معها حكم لزوم المال بالاستهلاك بدليل أن البيعة لو قامت بذلك للزمه فكذلك إقراره يلزمه به ما يلزمه بالبيعة.

فصل

ولو ادعى [عليه]^(٣) أنه أقر له بمائة دينار وهو بالغ عاقل، فقال: أقررت لك فى حال لست أدري هل كانت حال صغر أو بلوغ أو عقل أو جنون^(٤)، فقال محمد بن عبد الحكم: لا يلزمه بذلك بشيء لأنه لم يقر على نفسه بما يلزمه بشيء، وفيها نظر،

(١) ما بين المعكوفين مطموس فى (أ، ب).

(٢) بلغة السالك لأقرب المسالك (٢/ ٧٤٠).

(٣) سقطت من (أ).

(٤) انظر بلغة السالك لأقرب المسالك (٢/ ٧٤٠).

ويشبه أن يلزمه على قول من ذكرناه من أصحابنا لأن هذا ليس بجواب فيلزم أبداً إلى أن يقر وهو كمن قيل له: أقررت لى بألف وأنت بالغ، فقال: لا أدري هل تستحق على هذه الألف أم لا أنه لا يترك وما يدعيه.

فصل

إذا أتى بالإقرار على غير وجه الإقرار بل على وجه الشكر والتحدث به، مثل أن يجرى ذكر إنسان قد مات فوصف بأنه كان يسعف من يسأله ويقرضه فيقول: رحم الله فلاناً لقد سألته مرة أن يقرضني شيئاً وأنا مضيق أو مفلس فأجاب مسألتى فيقوم ورثة ذلك الإنسان فيطالبون هذا المقر ففيها روايتان: إحداهما أن ذلك إقرار، والأخرى أنه ليس بإقرار ولا يلزم به شيء.

فوجه الأولى أنه معترف بأن الرجل دفع إليه المال على وجه القرض ومدع للبراءة منه فلا يقبل منه إلا بيينة، أصله الإقرار المبتدأ عند دعوى الخصم، ووجه الثانية أنه لم يورده على وجه الإقرار وإنما أورده على وجه الشكر أو لغير ذلك، وللفظ الإقرار مفتقر في [كونه]^(١) إقراراً إلى القصد لذلك، وهذه الرواية أحسن وأوقع في مقتضى العادة والأول أقيس.

فصل

فرق محمد بن عبد الحكم بين أن يقر بأن هذا سرج دابة فلان أو لجام دابته وبين أن يقر بأن هذا باب داره فزعم في السرج واللجام أنه لا يكون إقرار بأنه يكون لفلان، وفي هذا الباب يكون إقرار به لصاحب الدار قال: لأن الباب من الدار فإذا ثبت أن الدار لفلان فما كان منها فقد تضمنه هذا الإقرار، وليس كذلك السرج واللجام لأنه ليس بجزء من الدابة بل هو غيرها فكأنه قال: هذا السرج يسرج به دابة فلان وهذا اللجام يلجم به دابته، وفي موضع آخر سوى بينهما إما قولاً له آخر حكاه عن غيره، ووجه ذلك أنه أضاف ما أقر به إلى ملك المقر له فيضمن الإقرار له كباب الدار.

(١) سقط من (ب).

[بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ]

صلى الله على محمد ^(١)

٢٦ كتاب اللقطة ^(٢)

الأصل فى اللقطة قوله ﷺ لمن سأله عنها: «اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشانك بها» ^(٣)، والشئ الملتقط على ضربين: منها ما له خطر وبإل يمكن تعريفه فينبغى للملتقط أن يأخذه ويعتقد بأخذه حفظه على صاحبه، وإنما استحسبنا له ذلك لأن الإنسان مندوب إلى فعل الخير والبر وهذا منه، ولأنها قد تحصل مع من ربما لا يؤدى الأمانة فيها فيتلف على صاحبها ويأثم أخذها، فإذا علم ملتقطها من نفسه حفظها كان مندوباً إلى ذلك، والضرب الآخر ما لا خطر له ولا بال ولا يمكن تعريفه كالكسر من الدرهم والشئ من المأكول وما أشبه ذلك فهذا لا فائدة فى أخذه فإن أخذه جاز.

فصل

تعرف اللقطة سنة عند الموضع الذى أصابها فيه وفى أقرب المواضع إليه وعند مجتمع الناس بالقرب من ذلك الموضع، فإن جاء من يدعيها بعلامتها من العفاص ^(٤) والوكاء ^(٥)

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) اللقطة فى اللغة: ما أخذ من الأرض واللقطة بالضم ما كان ساقطاً مما لا قيمة له. القاموس المحيط (٢/٣٨٣).

وفى الاصطلاح: مال وجد بغير حرز محترماً ليس حيواناً ناطقاً ولا نعماً. شرح حدود ابن عرفة (٢/٥٦٢).

(٣) أخرجه البخارى فى اللقطة (٩٦/٥) ح (٢٤٢٧) ومسلم فى اللقطة (٣/١٣٤٦) ح (١٧٢٢).

(٤) العفاص: الوعاء الذى فيه النفقة يصنع من جلد أو خرقة. القاموس المحيط (٢/٣٠٨).

(٥) الوكاء: رباط القرية وغيرها وكل ما شد رأسه من وعاء. القاموس المحيط (٤/٤٠١).

أو بزيادة على ذلك من ذكر ما فيها من ورق أو ذهب أو وزنه وما يغلب معه على الظن صدقة في دعواه دفعت إليه بغير بينة، وإن مضت السنة ولم يأت لها طالب فهو بالخيار بين أن يتركها وتكون في يده أمانة لا شيء عليه في تلفها وبين أن يتصدق بها بشرط الضمان، فإن جاء صاحبها فأجار التصديق بها وإلا غرمها له، وبين أن يملكها فتكون ديناً في ذمته يدفعها إلى صاحبها ويكره له تملكها وإذا رد اللقطة إلى موضعها بعد أخذها فإن كان أخذها بنية الالتقاط وحفظها على صاحبها ضمنها إن ردها، فإن لم يأخذها بنية الالتقاط بل ليتبينها متروكاً بين أخذها وتركها فلا ضمان عليه.

وضالة الإبل لا ينبغي لواجلدها أن يتعرض لها وليتركها، فأما ضالة الغنم فإن وجدها في مدينة فهي كسائر اللقطة، وإن وجدها في صحراء: فإن كان بقرب موضعها قرية أو موضع يضمها إليه فعل ذلك، وإن كان مفارة ولا قرية بقربها ولا موضع يحفظ فيه ويخاف عليها إن تركت الذئب فإن شاء تركها، وإن شاء أكلها ولا ضمان عليه في ظاهر الروايتين، ومن وجد طعاماً يفسد بتركه فإن شاء تصدق به أو أكله وضمنه إن كان في العمران ولا يضرب له أجل^(١).

فصل

وإنما قلنا إنها تعرف سنة لقوله ﷺ: للذي سأل عن السلقطة: «اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة»^(٢)، ولأنه لما احتيج في تعريفها إلى أمد ومهلة ليعثر على مالها وأمكن أن يكون صاحبها حاضراً لها أو غائباً أو ممن يتعذر عليه الحضور إلا بعد مدة وجب أن يزداد في المهلة وأن يوسع في المدة ليحصل الغرض الملتزم، وإذا ثبت ذلك ولم يكن بعض المدة بأولى من بعض كانت السنة أولى ما ضربت حد لأنها قد جعلت حداً في غير موضع مما يختبر حاله مثل العنة، وعهدة الأدواء الثلاثة، وجوب الزكاة، وغير ذلك.

وإنما قلنا إنه يعرفها في المواضع التي ذكرناها لأن الغرض بالتعريف في التوصل إلى علم صاحبها بموضعها كما يجب أن يكون ذلك في المواضع التي يغلب على الظن الوصول إلى ذلك معها، وفي حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: لمن ذكر

(١) انظر المدونة الكبرى (٣٦٧/٤).

(٢) تقدم تخريجه.

له أنه وجد بطريق الشام صرة فيها ثمانون ديناراً: عرفها على أبواب المسجد وأذكرها لمن يقدم من الشام^(١).

فصل

وإنما قلنا إنها تدفع لمن يعرف عفاصها ووكاءها ولا يكلف على ذلك بيينة، خلافاً لأبي حنيفة^(٢) والشافعي^(٣)، لقوله ﷺ: «أعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها ووكاءها فادفعها إليه^(٤)، وروى «باغيها»^(٥)، وروى «فإن جاء أحد يخبرك بعثتها»^(٦)، ففي هذا دليلان: أحدهما أمره ﷺ بدفعها إلى مدعيها يدفعها إلى من عرف العفاص والوكاء من غير مطالبة بيينة، والآخر قوله: «اعلم عفاصها ووكاءها» ولا فائدة في ذلك إلا دفعها إلى من عرف ذلك منها لأن الضرورة قد تدعو إلى ذلك وإلا أدى إلى أن لا يصل أحد إلى ما يضيع من ماله لأنه لا يمكنه الإشهاد على ضياعه والبيئات مترتبة في الأصول على حسب الأشياء المشهود فيها، فيجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها.

فصل

وإنما قلنا إن السنة إذا مضت ولم يأت لها طالب: كان ملتقطها مخيراً بين تملكها والتصدق بها أو تركها لقوله ﷺ: «فإن لم يجرى صاحبها فشأنك بها»^(٧) وهذا لفظ إباحة وإطلاق، فإن شاء تصدق بها لأنه ليس عليه حفظها بعد السنة لما في ذلك من المشقة والكلفة ويكون عليه الضمان لأنه فعل ذلك على وجه التخفيف عن نفسه يتكلف حفظها وليس له أن يتلف مال غيره بغير إذنه إلا بشرط الضمان للضرورة الداعية إليه، وإن شاء تركها أمانة في يده كالوديعة لا شيء عليه في تلفها لأنه قبضها لمنفعة ربه

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٧٥٧/٢) ح (٤٧).

(٢) قال الموصلي: (ومن ادعى اللقطة يحتاج إلى البيينة لأنها دعوى فإن أعطى علامتها جاز له أن يدفعها إليه) الاختيار (٢٨٣/٢)، الهداية للمرغيناني (٤٧٢/٢).

(٣) روضة الطالبين (٤١٣/٥)، المهذب للشيرازي (٤٣١/١).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه أبو داود في اللقطة (١٣٩/٢) ح (١٧٠٦).

(٦) أخرجه أبو داود في اللقطة (١٣٩/٢) ح (١٧٠٨).

(٧) تقدم تخريجه.

خالصاً لا نفع له فيها فكان تلفها من ربها، وإن شاء استسلفها فكانت ديناً في ذمته لأن الذمة قد تكون أحرر لها من اليد، ويكره ذلك عندنا لجواز أن يعسر عند مجيء صاحبها فيتعذر عليه ردها.

وإنما قلنا ردها إلى موضعها بعد أخذها إلى ما ذكرناه لأنه إذا أخذها بنية حفظها فقد تعلق حفظها عليه ولزمه ذلك، فردها بعد أخذها تعد إضاعة لما قد لزمه حفظه وذلك غير جائز، وإذا أخذها لا على هذا الوجه لم يتعلق عليه حفظها ولا لزمه إمساكها فلم يتعد بردها.

وإنما قلنا إن ضالة الإبل لا يأخذها واجدها لقوله ﷺ وسلم جواباً لمن سأل عنه: «ما لك ولها معها سقاءها وحذاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها»^(١)، وقال عمر رضي الله عنه لثابت بن الضحاك ووجد بعيراً فعرفه ثم قال: قد شغلني عن ضيعتي فقال عمر: أرسله حيث وجدته^(٢)، وإنما قلنا إنه في ضالة الغنم أنه يأخذها لقوله ﷺ «هي لك أو لأخيك أو للذئب»^(٣). والفرق بينها وبين ضالة الإبل أن الإبل تحفظ نفسها من الوحش إن أرادها وتعيش بنفسها وتقدر على الشرب من الغدر^(٤) والأكل من الشجر فيبعد خوف الهلاك عليها وربما يجيء صاحبها فيجدها وليس كذلك ضالة الغنم لأنها لا تعيش بنفسها ولا تقدر على الشرب من الغدر ولا تمتنع من الوحش والحيوان المفترس وكان الغالب هلاكها حتى لم تؤخذ، وإنما قلنا إنه إذا وجدها إلى جنب قرية أو موضع يمكن ضمها إليه لم يجز له أخذها لأنه يصل إلى حفظها على صاحبها من غير مشقة عليه فلم يجز إتلافها ولها قيمة في الموضع الذي وجدها به.

وإنما قلنا إنه إن وجدها في فلاة لا قرية بقربها فله أن يأكلها ولا غرم عليه لربها خلافاً لأبي حنيفة^(٥) والشافعي^(٦)، لقوله ﷺ: «هي لك أو لأخيك أو للذئب»^(٧)، وفي

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٧٥٩/٢) ح (٤٩).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) الغدر القطعة من الماء يغادرها السيل. القاموس المحيط (١٠٠/٢).

(٥) الاختيار للموصلي (٢٨٢/٢).

(٦) قال الشيرازي: (فإذا أخذها فهو بالخيار بين أن يمسكها ويتطوع بالإتفاق عليها ويعرفها حولاً ثم يملكها وبين أن يبيعها ويحفظ ثمنها ويعرفها ثم يملك الثمن وبين أن يأكلها ويغرم بدلها ويعرفها) المهذب للشيرازي (٤٣١/٢، ٤٣٢).

(٧) تقدم تخريجه.

حديث آخر: «أخذها هي لك أو لأخيك أو للذئب»^(١). وهذا تنبيه على أنها في حكم المتلف، ولا قيمة في إتلافه، ولأنه أضافها إلى واجدها كإضافتها إلى أنها للذئب فدل على أن إتلافها لا [يستحق]^(٢) به غرم، ولأن ما هذا سبيله لا قيمة له في موضعه ولا يمكن تعريفه فلا يخلو أن يمنع أخذها وذلك خلاف الإجماع، وأن يلزم حفظها وسوقها إلى العمران وفي ذلك مشقة وكلفة مسقطتان عنه، أو أن يباح أكلها بشرط الضمان فما هذا سبيله إنما يكون بعد التعريف إذا كان مما يبقى فلم يبق إلا ما نقوله من إباحة الأكل بغير ضمان له.

وإنما قلنا في الطعام الذي لا يبطل إنه لا يعرف بأجل لأن تبقيته إلى الأجل إتلاف له على ماله وواجده، وقلنا إن له أن يأكله لأنه إن لم يفعل ذلك تلف ويضمنه لأنه متفعل بملك غيره إلا أن يكون مما لا قيمة له والله أعلم.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ثبت في (ب) (يتعلق).

[بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ]

صلى الله على محمد [^(١)]

٢٧ كتاب الشفعة ^(٢)

لا خلاف فى وجوب الشفعة للشريك المخالط ^(٣)، والأصل فيها قوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم» ^(٤)، وروى «الشفعة فى كل شرك» ^(٥).

فصل

ولا شفعة لجار خلافاً لأبى حنيفة ^(٦)، لقوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة» ^(٧) ففيه أدلة: أحدها أنه أخبر عن جملة محلها وهو غير المقسوم فلم يبق شفعة فى غيره، والثانى دليل الخطاب، والثالث نصه على أن القسمة إذا وقعت انتهت الشفعة، ولأن ملك محور كالجار المقابل.

فصل

والشفعة مستحقة فى العقار من الدور والخوانيت والبساتين دون العروض والحيوان

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) الشفعة فى اللغة: مشتق من الشفع كذا قيل لأن فيها أخذًا وضماً لحصة أخرى شفعته.

وفى الاصطلاح: استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه. شرح حدود ابن عرفة (٢/٤٧٤).

(٣) الإجماع لابن المنذر (ص/٩٥)، المغنى لابن قدامة (٥/٤٥٩).

(٤) أخرجه البخارى فى الشفعة (٤/٥٠٩) ح (٢٢٥٧)، وابن ماجه فى الشفعة (٢/٨٣٤) ح (٢٤٩٧).

(٥) أخرجه مسلم فى المساقاة (٣/١٢٢٩) ح (١٦٠٨/١٣٤).

(٦) الهداية للمرغينانى (٤/٣٤٩).

(٧) تقدم تخريجه.

والرقيق، خلافاً لمن يحكى عنه وجوبها فى كل ذلك إن صح^(١). والأصل فيه قوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم»^(٢)، وروى «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»^(٣)، وهذا إخبار عن محل الشفعة وهو مستغرق له، ولأنه مما ينقل ويحول كالذهب والفضة، والفرق بين العروض والحيوان وبين الأرضين وجود الضرر فى الشركة فى الأرض على وجه الدوام، ولأن التخلص منه لا يمكن إلا بضرر يلحق الشريك وسائر العروض بخلاف ذلك.

فصل

وعنه فى وجوب الشفعة فى الثمار إذا كان الأصل بأيديهم ملكاً أو حبساً أو مساقاة أو مبتدأ الشراء روايتان^(٤): إحداهما: ثبوتها، والأخرى: نفيها، وهو قول المغيرة وعبد الملك، فوجه إثباتها: أنها معلقة من غير صنع آدمى بأصل تجب فيه الشفعة يخاف منه سوء المشاركة فأشبهه الفحل والبئر، ووجه نفيها: قوله ﷺ: «فإذا وقعت الحدود فلا شفعة»^(٥) فعلقها بما يقسم من الأراضى، ولأن الشفعة فيما يدوم فيه الضرر وذلك معدوم فى الثمار فكانت كالعروض.

فصل

لا شفعة فى طريق ولا عرصه قسمت بيوتها وبقيت مرتفعاً لأهلها^(٦)، لأن ذلك تبع لأصل لا شفعة فيه وهو البيوت المقسومة.

ولا شفعة فى البئر والفحل، وإن كانت الأرض التى فيها مشاعة ففيهما الشفعة لأن فى أصلها الشفعة فهما تبع لها، وإن كانت الأرض مقسومة فلا شفعة فى البئر والفحل لأن أعيانها لا شفعة فيها إذ لا يصح قسمهما ولا هى متصله بأصل تجب الشفعة فيه

(١) قال ابن قدامة: (واختلف عن مالك وعطاء فقالا مرة: أنها لا شفعة فيها، ومرة قالوا: الشفعة فى كل شئ، وقال ابن أبى موسى وقد روى عن أبى عبد الله رواية: أن الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالبحر والسيف والحيوان وما فى معنى ذلك) المغنى لابن قدامة (٥/٤٦٤).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) انظر المدونة الكبرى (٤/٢٠٧).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) الكافى لابن عبد البر (٢/٨٥٤).

فتكون ثابتة له^(١).

فصل

من له عمر فى أرض قوم أو مسيل ماء أو طريق إلى علو له فلا شفعة له فيما بيع من الدار والأرض لأنه ليس بشريك فيها، وإنما له حق متعلق على الملك دون أن يكون له حق فى نفس الملك، وكذلك الدار علوها لرجل وأسفلها لآخر فلا شفعة لأحدهما فيما باع الآخر لأن أملاكهما متميزة والشركة منتفية.

مسألة

والشفعة بين الشركاء على قدر الحصص، خلافاً لأبى حنيفة فى قوله إنه على عدد الرءوس^(٢)، لأن الشفعة معنى مستفاد بالملك فوجب أن يكون معتبراً بعدد الأملاك لا بعدد الملاك، أصله غلة الدار وكسب العبد، ولأن مرافق الأموال تتوزع على حسب مقادير أملاك الشركاء فى القلة والكثرة كالربح فى التجارة، ولأن الشفعة مستحقة لإزالة الضرر المتأبد لولاها ولا يمكن إزالته بحق واجب وهو أن يطالب المشتري الشريك بالقسمة فيلزمه ذلك فيدخل عليه الضرر من عدة وجوه: من نقصان قيمة نصيبه إذا قسم، ولزوم أجره القسام، واستحداث مرافق آخر، وزيادة مؤنة، ووجدنا هذا الضرر يدخل عليه على حسب ملك الملاك لا على عدد رءوسهم، فإذا كانت الشفعة مستحقة لهذا وجب أن يستحق بقدر الملك لأن هذا الضرر إذا وجد يسقط حسب الملك وكذلك إذا رفع.

مسألة

الشفعة بين أهل الميراث على قدر رءوسهم، ومن باع أصل سهم منهم فشركاؤه فى ذلك السهم أحق [بالشفعة]^(٣) من باقى الورثة، فإن باع جميع أصل سهم سهمهم الذى ورثوه فالشفعة لبقية أهل الميراث دون الشركاء الأجانب، ولو كان أهل السهام عصابة

(١) الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٥٤).

(٢) قال الموصلى: (وتقسم على عدد الرءوس وصورته دار بين ثلاثة لأحدهم النصف والآخر الثلث وللآخر السدس باع أحدهم نصيبه فالشفعة للباقيين على السواء لاستوائهما فى السبب وهو الاتصال) الاختيار (٢/ ٥٣)، الهداية للمرغينانى (٤/ ٣٥١).

(٣) ثبت فى (١) (بالشركة).

فباع بعض العصبة حق فالشفعة لبقية العصبة ولأهل السهام جميعاً، ولو باع بعض أهل سهم حقه كانت الشفعة لأهل السهم دون العصبة^(١).

مثال جملة المسألة: أن يترك الميت جدتين وأختين لأم وإخوة لأب، وله ستة أسهم من اثني عشر سهماً من دار أو دكان، فأرادت إحدى الجدتين بيع حقها من السدس فالجدة الأخرى أحق بالشفعة من الشركاء، فإن باعت الجدتان جميعاً فالشفعة لباقي الورثة، وإن باعت إحدى الأختين للأم حصتها فالأخت أحق بالشفعة من الإخوة لأب، فإن باع بعض الإخوة لأب حصتهم فالشفعة بين بقية الإخوة للأب وبين باقي أهل الميراث، فإن كان جميع من ورث الميت عصبة شافعوا بينهم دون الشركاء الأجانب.

فصل

وإنما قلنا إن أهل السهم الواحد أحق بالشفعة من بقية الشركاء، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي^(٢)، لقوله ﷺ: «الشفعة في كل شرك»^(٣)، [والسهم نوع من الشرك]^(٤) فوجبت الشفعة فيه، لأنه نوع من الشركة فوجب أن يثبت الشافع فيه اعتباراً بالشركة في نفس العقار، وإنما قلنا إن بقية أهل السهم أولى من العصبة، لأنهم أخص منهم بالشركة وأكد أمراً، لأن سهمهم معلوم مقدر، [وإنما قلنا إن أهل السهام يشاركون في العصبة لما ذكرناه من قوتهم عليهم]^(٥)، وإنما قلنا إن جميع ورثة الميت إذا كانوا عصبة تشافعوا بينهم لأنهم أهل ميراث واحد كأهل السهام.

مسألة

كل شقص ملك بعوض ففيه الشفعة إلا أن يعرض ما يقطعها بأي نوع كان من التملكيات من بيع، أو إجارة، أو خلع، أو مهر، أو صلح من أرش جنائية، أو قيمة متلف، أو دم عمد، أو خطأ أو غير ذلك من أنواع المعاضات، فأما ما ملك بغير عوض مثل الهبة بغير الثواب والصدقة ففيها روايتان: إحداهما وجوب الشفعة، والأخرى سقوطها. ولا شفعة في الميراث.

(١) انظر المدونة الكبرى (٢٠٦/٤).

(٢) انظر المهذب للشيرازي (٣٨١/١)، الأم للشافعي (٢٣١/٣).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ما بين المعكوفين سقط (١).

(٥) ما بين المعكوفين سقط (١).

فصل

وإنما قلنا إن الشفعة واجبة في أنواع المعاوضات لاتفاقهم على ذلك في البيع فكان كل عوض بمثابة، [وقلنا إن الشفعة في النكاح والخلع خلافاً لأبي حنيفة^(١)، لأن النكاح نوع معاوضة فإذا ملك به ما يجب فيه الشفعة جاز أن يستحق كالبيع]^(٢).

فصل

إذا وجبت الشفعة في المهر فإنها تؤخذ بقيمة الشقص، خلافاً للشافعي في قوله: إنها تؤخذ بمهر المثل^(٣)، لأن ذلك أعدل بين الشفيع والمرأة، وذلك أن النكاح طريقه المواصل والمكارمة دون محض المعاوضة، فقد يكون مهر المثل ألف دينار وقيمة الشقص مائة فتسامحه فتأخذ الشقص بمهرها، فمتى ألزمت الشفيع أخذ الشقص بمهر المثل وهو ألف دينار كنا قد حَفَنَّا عليه وألزمناه أن يدفع إلى المرأة أكثر مما عاوضت عليه، وكذلك قيمة الشقص ألفاً مثلها مائة، فلو جعلنا للشفيع أخذ الشقص بمائة وهو يساوى ألفاً كنا قد حَفَنَّا على المرأة لأن الزوج يقول أنا أصدقها هذا الشقص [على أن يقدر مهر المثل فكان الأعدل في ذلك قيمة الشقص]^(٤).

فصل

ويؤخذ الشقص في الصلح عن دم العمد بقيمته وعن دم الخطأ بالدية، لأن الواجب بالعمد القود وإنما تجب الدية بالتراضي أو بتعذر القود، وليس كذلك الخطأ لأن الواجب به الدية والشقص بدل منها، ووجه قوله في الهبة والصدقة: إنه لا منفعة فيها، اعتباراً بالميراث لأنه انتقال ملك بغير عوض، ووجه إيجاب الشفعة فيها، اعتبارها بالبيع بعله أنه انتقال ملك باختيار.

مسألة

ومن باع صفقة واحدة شقصاً تجب فيه الشفعة ومعه عروض وحيوان فللشفيع أخذ

(١) انظر الاختيار للموصلي (٥١/٢).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) قال الشيرازي: (لأن المنفعة لا مثل لها فأخذ بقيمتها أو بما يدل على العقد) المهذب (١/٣٧٧).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ل).

شفعته بحصتها من الثمن، وليس للمشتري أن يقول: لا أدعك تفرق الصفقة، لأن الشفيع لا يلزمه أن يأخذ ما لا شفعة فيه والمشتري دخل على تفريق الصفقة^(١).

فصل

لو اشترى أشقاصاً شفيع واحد فأراد الشفيع أن يأخذ شفعته من واحد منها ويترك بقيتها لم يكن له ذلك إلا برضى المشتري، بخلاف الأولى لأن الحق له فى الجميع فهو المختار لتبعض الصفقة على المشتري فلا يترك وذلك^(٢).

فصل

ومن باع شقصاً من رجل وله عدة شفعاء فأراد بعضهم الأخذ بحصته من الشفعة وسلم سائرهم: فليس لمريد الشفعة إلا أن يأخذ الكل أو يترك، لأن الباقي إذا تركوا حصل الشقص كأنه ليس له إلا شفيع واحد فلم يكن له إلا أخذ الكل أو الترك، ولو كان بعض الشفعاء حاضراً وباقيهم غائب فأراد الحاضر أن يأخذ نصيبه بحصته لم يكن له ذلك لأن تبعض الصفقة غير جائز ما لم يرض المشتري، وهو ممن له فى الشفعة حق، فإن أخذ الكل ثم قَدِمَ الغائبون أخذوا بقدر حقوقهم إن أحبوا لأن أخذ هذا الشفيع للجميع إنما كان لحق المشتري فى منع تفريق الصفقة عليه، ولأنه مشتر من المشتري، وليس لمن يأخذ الشفعة تفريق الصفقة عليه.

مسألة

الأخذ بالشفعة ثابت للشفيع، ما لم يترك، أو يظهر منه ما يدل على الترك، أو يأت من طول المدة ما يعلم معه أنه تارك للشفعة، فإن كان غائباً فلا تنقطع شفعته ولو طال غيبته [ما طالت]^(٣) وإن كان حاضراً فعنه روايتان: إحداهما أنه لا حد فى بطلان الشفعة من المدة، والأخرى أنه ينتظر عليه سنة ثم لا شفعة له بعدها^(٤)، وعند أبى حنيفة أنها على الفور كالرد بالعيب فإن أمسك عن المطالبة بها مع علمه وتمكينه منها بطلت^(٥)،

(١) انظر المدونة الكبرى (٢١٠/٤).

(٢) المدونة الكبرى (٢١٠/٤).

(٣) ما بين العكوفين سقط من (١).

(٤) الكافى لابن عبد البر (٢/٨٦٠).

(٥) الهداية للمرغينانى (٤/٣٥١)، الاختيار للموصلى (٢/٥٤).

وقول الشافعي الصحيح عن أصحابه مثل ذلك^(١)، فدللنا أن المطالبة بالشفعة حق للشفيع، ومن له حق المطالبة في أى وقت شاء إلا أن يعلم منه ترك له، هذا أصل بنى عليه هذا الباب ولا يتقضى بأعيان المسائل، ولأنه حق في استيفاء مال لم يكن فيه تفريط أو تدليس فلم يجب المطالبة به على الفور، وأصله الديون، وفيه احتراز من الرد بالعيب، ولأن فسخ إيجابه المطالبة فوراً ضرر على الشفيع، لأنه قد يعلم ولم يحصل الثمن ولا باع ما يحصل من جهته، فيؤدى ذلك إلى تفويته إياه متى لم يمهل مدة يتمكن فيها من ذلك، وكذلك قد يكون المشتري قد عمر وغرس فيلزم الشفيع دفع القيمة إليه، فلا يجوز أن يثبت له حق ويؤخذ باستيفائه على وجه يقتضى تغريمه إياه، وإنما قلنا: إن الغائب لا تنفع شفيعته لقوله ﷺ: «يَتَنَظَّرُ بِهَا وَإِنْ كَانَ غَائِبًا»^(٢)، ولأنه معذور، ولأن تركه المطالبة لغيبته، ولا يمكنه غالباً المطالبة مع الغيبة.

فصل

فأما الحاضر فوجه القول بأن مدته سنة: فلأنه إذا ثبت أن المطالبة ليست على الفور، وكان الأجل القريب في معنى الفور، لأنه قد يكون له عذر في إمساكه عن المطالبة ليحصل الثمن وقيمة عمارة إن كانت للمشتري فيخاف أن يؤخذ بورن ما يلزمه في الحال وربما في الحال وربما لا يحضره، فوجب ضرب مدة له ليتسع لما يمكنه معه الأخذ، وكانت السنة أولى الآجال بأن نحد لأنها تجمع ما تجتمع معه العلل في الصبر والإمهال، وقد جعلت في الشرع حداً لأحكام عدة فكذلك في مسألتنا، ووجه رواية التأييد قوله: «الشريك أحق به»^(٣) ولم يعلقه بمدة، ولأنه استيفاء مال فلم يبطل بترك المطالبة كأروش الجنائيات.

فصل

إذا وهب الشفيع شفيعته قبل وجوبها له^(٤) لم يلزمه لأنه لم يملك شيئاً يهبه، ومن

(١) قال النووي: (الأظهر المنصوص في الكتب الجديدة: أن الشفعة على الفور). روضة الطالبين (١٠٧/٥).

(٢) أخرجه أبو داود في البيوع (٢٨٤/٣) ح (٣٥١٨)، وابن ماجه في الشفعة (٨٣٣/٢) ح (٢٤٩٤)، والترمذي في الأحكام (٦٤٢/٣) ح (١٣٦٩): حديث غريب.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ما بين المعكوفين مطموس في (١).

وهب ما لا يملك لم تصح هبته.

فصل

إذا بيع الشقص بعرض أو حيوان أخذه الشفيع بقيمة ذلك العرض، وإن كان بطعام أو غيره مما يكال أو يوزن أخذه بمثله، ولأن الشفيع إنما يستحق الشقص بالقدر الذى عاوض المشتري به، فإن كان مما له مثل لزم الشفيع مثله وإلا فقيمته؛ لأن القيمة تقوم مقام المثل عند تعذره.

فصل

عهدة الشفيع على المشتري دون البائع، ودركه فى الاستحقاق لازم للمشتري، وعليه يرجع بالثمن ويرجع المشتري على البائع، وسواء أخذ الشقص قبل قبض المشتري إياه أو بعده فى حياة المشتري أو بعد موته، وقال ابن أبى ليلى: العهدة على البائع فى كل وجه^(١)، وقال أبو حنيفة: هى على من يؤخذ الشقص منه كان البائع أو المشتري^(٢).

فدللنا أن الشفعة تؤخذ من ملك المشتري دون البائع وذلك أن المبيع حصل فى ملك المشتري بنفس العقد المطلق، ومنه يتلف قبل القبض وبعده، وإن حصل الإيجاب من البائع والقبول من المشتري فقد صح أن يأخذ من المشتري بعد تقرر ملكه عليه فيجب أن تكون العهدة عليه.

فصل

الإقالة لا تسقط الشفعة^(٣)، لأنها بيع حادث بعد تقرر الملك للمشتري ووجوب الشفعة للشفيع، فأشبهت بيعها من غير البائع. وقد اختلف قوله على من تكون العهدة بعد الإقالة، فقال: تكون على المشتري وتبطل الإقالة، ووجه ذلك ما ذكرناه من اعتباره ببيع من غير البائع أن للشفيع الأخذ بأول البيعتين ويطل ما بعده، وقال هو بالخيار إن شاء كتبها على البائع وإن شاء على المشتري، وهذا لأن الشفعة تجب له بالصفقتين بأى ذلك شاء أخذ، والعهدة على من يأخذها منه.

(١) قال ابن قدامة: (وقال ابن أبى ليلى وعثمان البتى: عهدة الشفيع على البائع لأن الحق ثبت له بإيجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشتري) المغنى (٥/٥٣٤).

(٢) الاختيار للموصلى (٢/٥٦)، الهداية للمرغينانى (٤/٣٥٤).

(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٨٦٥).

فصل

إذا بيع سهم فيه الشفعة مراراً والشفيع غائب أو حاضر لم يعلم ثم أراد الأخذ بالشفعة فله أخذها بأى الصفقات: فإن أخذها بآخر صفقة صح ما تقدم من الصفقات، وإن أخذها بالأولى بطل ما بعدها [وترادوا بأصل الأثمان وسواء اتفقت الأثمان أو اختلفت، وإن أخذها^(١) بوسطها صح ما قبلها وبطل ما بعدها.

مسألة

وإذا أراد المشتري التصرف وخاف مطالبة الشريك بالشفعة فله إيقافه عند الحاكم، فإما أخذ أو ترك ليتمكن المشتري مما يريد من البناء والهدم والغرس وغير ذلك مما يتصرف الملاك فى أملاكهم^(٢).

فصل

ولا تجوز هبة الشفعة ولا بيعها، لأن الشريك إنما جعلت له الشفعة ليزول الضرر عنه بدخول من لم يعهد شركته ولا عرف معاملته، وربما طلب بالقسمة فاحتاج إلى استئناف مرافق، فيلحقه فى ذلك ضرر وهذا معنى يختص الشريك به لا يوجد فى غيره، ولأنه إذا رضى بقطع حقه من تملك الشقص كان المشتري أولى بثبوت ملكه عليه.

فصل

إذا بنى المشتري وغرس وعمر ثم جاء الشفيع: فإن شاء أخذ بالثمن وقيمة البنيان والغراس قائماً يوم يأخذه، وإن شاء ترك، وقال أبو حنيفة: يأخذها بالثمن ويجبر المشتري على قلع البناء والغراس إلا أن يكون زرعاً يترك إلى أن يحصد^(٣)، فدلينا قوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»^(٤) وهذا ليس عرق ظالم، ولأنه غرس أو بناء فى ملك صحيح يملك نفعه فلم يستحق عليه إتلافه، أصله ما لا يستحق عليه فيه شفعة، وإنما قلنا إن القيمة يوم الأخذ لأنه فى ذلك الوقت يحصل منه مشترياً له فاستحق العرض عليه حيثئذ.

(١) ما بين المعكوفى سقط من (ب).

(٢) الكافى لابن عبد البر (٢/٨٦٤).

(٣) الهداية للمرغينانى (٤/٣٥٨، ٣٥٩). الاختيار للموصلى (٢/٦١).

(٤) تقدم تخريجه.

فصل

ويتصور ذلك بوجوه منها أن يكون الشريك لم يعلم بالبيع فطالبه شريكه بالبناء والغرس وكتمه البيع ثم ظهر على ذلك، ومنها أن يكون طالبه بالقسمة فبنى وغرس ثم علم بذلك، ومنها أن يكون الشفيع غائباً فأذن الحاكم للمشتري فى البناء والغرس ثم جاء الشفيع.

فصل

ولو بيعت نخلة بثمرها فإن الشفيع يأخذها مع ثمرتها قائمة كانت أو مجذوة وللمشتري ما سقى وأنفق، وقال أبو حنيفة: إن كانت قائمة فى رءوس النخل أخذها مع الأصل فإن كانت قد جذت الأصل بقسطه من الثمن^(١)، وقال الشافعى: لا يأخذ الثمرة على وجه^(٢)، فدللنا أن الثمرة ثابتة فى أصل المبيع غير مزايلة له قد ضمنه الصفقة من غير فعل آدمى فكانت الشفعة ثابتة فيها كالشجر.

مسألة

خيار الشفعة موروث، خلافاً لأبى حنيفة^(٣)، لقوله ﷺ: «من ترك مالاً أو حقاً فلورثته»^(٤)، ولأنه خيار لدفع الضرر عن ماله فجاز أن يقوم فيه وارثه مقامه كخيار الرد بالعيب، ولأنه حق مستفاد بالملك فجاز أن يكون موروثاً كثمر الشجر ونماء الماشية.

فصل

إذا بيع شقص بالخيار فلا شفعة حتى يتم البيع ويحصل الاختيار، وقال أبو حنيفة: إن كان الخيار للبائع فلا شفعة وإن كان للمشتري وجبت الشفعة^(٥)، وإنما قلنا لا شفعة قبل انبرام الخيار اعتباراً به لو كان الخيار للبائع، ولأن الشفعة تستحق بتمام العقد، وما لم يقع الخيار فالعقد غير تام، بدليل أن المشتري ربما لم يشتري فرد الشقص.

(١) بدائع الصنائع (٢٩/٥)، الهداية للمرغينانى (٣٦٠/٤).

(٢) روضة الطالبين (٩٦/٥)، المهذب للشيرازى (٣٧٧/١).

(٣) الاختيار للموصلى (٥٨/٢) الهداية للمرغينانى (٣٦٤/٤).

(٤) أخرجه البخارى فى الكفالة (٥٥٧/٤) ح (٢٢٩٨)، ومسلم فى الفرائض (١٢٣٧/٣) ح (١٦١٩/١٤).

(٥) الهداية للمرغينانى (٣٦٢/٤).

فصل

إذا بيع الشقص بثمان إلى أجل: فإن شاء الشفيع أخذه بمثل ذلك الثمن إلى أجل إن كان ثقة ملياً أو أتى بثقة ملئ. يضمن الثمن عنه عند الأجل، وقال أبو حنيفة^(١) والشافعي: ليس له أخذه إلا بالثمن حالاً أو الانتظار إلى أن يحل فيأخذه بالنقد^(٢)، ودليلنا أن الشفعة تستحق بمثل الثمن الذي بيع الشقص به حتى يدخل الشفيع مدخل المشتري من غير زيادة ولا مرفق بدليل أنه لو اشترى بغلة لم يأخذ صحاحاً، ولو ابتاع بصحاح لم يعط غلة، ولو ألزمتنا الشفيع النقد وقد ابتاع نساء لكان ذلك زيادة على الشفيع للمشتري، لأن العرف جارٍ بأن الثمن بالنقد أقل منه بالنسيئة، ولأن المشتري لا يلزمه أن ينقد، فلا يلزم الشفيع إلا ما يلزم المشتري، وإن معناه الأخذ إلى المدة أضربنا به طول تلك المدة فلم يبق إلا ما قلناه.

فصل

واختلف عنه في الحمام: ففيه روايتان: إحداهما وجوب الشفعة، والأخرى سقوطها وذلك مبني على وجوب قسمته، فالشفعة تتبع القسمة في الإثبات والنفي^(٣).

فصل

وقد اختلف قوله: في العقار الذي لا يقسم إذا طلب الشريك الشفعة: فقال: فيه الشفعة، وقال: لا شفعة إلا فيما يتقسم^(٤)، فوجه إثباتها: قوله ﷺ: «الشفعة في كل

(١) قال المرغيناني: (وإذا باع بثمان مؤجل للشفيع الخيار إن شاء أخذا بثمان حال وإن صبر حتى ينتقض الأجل ثم يأخذها وليس له أن يأخذها في الحال بثمان مؤجل) الهداية (٤/٣٥٧).

(٢) قال الماوردي فيه قولان: (قوله في القديم وبه قال مالك: أن للشفيع أن يتعجل أخذا ويكون الثمن في ذمته إن كان ثقة وإن كان غير ثقة أقام ضميماً ثقة قال الشافعي رضي الله عنه: وهذا أشبه بصلاح الناس).

والقول الثاني وبه قال في الجديد وهو قول أبي حنيفة: أن الشفيع لا يتعجل الشقص بالثمن المؤجل ويقال له: أنت مخير بين أن تعجل الثمن فتعجل أخذ الشقص وبين أن تصبر إلى

حلول الأجل) الحاوي الكبير للماوردي (٧/٢٥٣)، المهذب (١/٣٧٨).

(٣) الكافي لابن عبد البر. (٢/٨٥٢).

(٤) انظر المدونة الكبرى (٤/٢٢٤).

شرك^(١)، ولأنه عقار كالذي ينقسم، ووجه نفيها: قوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة»^(٢) فنبه على اعتبار المقسوم، ولأن كل مبيع لا ينقسم فلا تدخله الشفعة كالثوب والعبد.

فصل

للذمي الشفعة فيما باع شريكه المسلم، خلافاً لأحمد^(٣) وداود لقوله ﷺ: «الشفعة في كل شرك ربة أو حائط لا يحل له أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه فإن باعه فالشريك أحق به بالثمن»^(٤) فعم، ولأنه حق موضوع لإزالة الضرر عن الملك فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب.

مسألة

إذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن: فالقول قول المبتاع لأنه مدعى عليه والشفيع مدع لاستحقاق الشقص وإزالة ملكه بدون ما يذكره، فكان على المشتري اليمين فإن حلف فإما أخذ الشفيع ما حلفه عليه وإلا ترك، وإن نكل حلف الشفيع وأخذ ما يدعيه، وكل ذلك إذا كان التداعى فيما يشبه فإن أتى أحدهما بما لا يشبه فالقول قول مدعى المشبه^(٥) مع يمينه لأن العرف بصدقه ويكذب خصمه، إلا أن يكون المبتاع ممن يعلم أنه يبذل مثل ذلك الثمن لكونه ملكاً لا يبالى فيما يبذل، أو جاركاً يزيد في الثمن لحاجته إلى الشقص، وما أشبه ذلك، فإن العرف يُجَوِّز فيه ذلك، فإن أقام أحدهما بينة ثبت له ما يدعيه عما تشهد به فإن أقام الآخر بينة حكم بأعدلها على ما بينه، فإن تكافئا سقطتا وعاد الأمر إلى أن القول قول المبتاع مع يمينه^(٦).

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) قال ابن قدامة: (إن الذمي إذا باع شريكه شقصاً لمسلم فلا شفعة له عليه روى ذلك عن الحسن والشعبي) المغني (٥/٥٥١).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) قال في المدونة: (قال يشبه أى: يشبه أن يكون ثمنها فيما يتغابن فيه الناس).

(٦) انظر المدونة الكبرى (٤/٢٠٨، ٢٠٩).

فصل

إذا حط البائع عن المبتاع شيئاً من ثمن الشفعة نظر: فإن كان مثلها مما حط في البيوع والباقي يشبه أن يكون ثمنًا للشقص وجب حطه عن الشفيع، وإن كان شيئاً متفاوتاً لا يصلح أن يكون الباقي ثمنًا للشقص فذلك هبة لا توضع عن الشفيع، وسواء كان ذلك قبل الأخذ بالشفعة أو بعده، وقال الشافعي: لا يحط عن الشفيع شيئاً أصلاً^(١)، فدللنا أن الذي يلزم الشفيع أن يؤدي إلى المشتري ما عاوض على الشقص، والذي عاوض عليه هو ما دونه دون ما يحط عنه، ولأنه إذا حط عنه بعضه علمنا أن الذي أظهره لم يكن الثمن فإن الثمن هو ما بقى بعد الخطيئة، فإذا وضع مالا يشبه في الباقي أن يكون ثمنًا فإننا نعلم أن ذلك هبة لا تتعلق باستغلاء الشقص واستصلاح ثمنه فلا يحط عن الشفيع.

(١) الحاوي الكبير للماوردي (٢٨٧/٧). المهذب للشيرازي (٣٧٨/١).

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ]

صلى الله على محمد [(١)

٢٨ كتاب القسمة (٢)

الأصل فى القسمة قوله تعالى : ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ﴾ [النساء: ٨] الآية، وقوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» (٣) وما روى عن قسمته ﷺ الغنائم وإسهامه بين العبيد المعتقين فى المرض (٤) وقوله ﷺ: «كل مال أدركه قسم الجاهلية فهو على قسم الجاهلية وما أدركه قسم الإسلام فهو على، قسم الإسلام» (٥) ولأن أحداً لا يجبر على مشاركة غيره إذا لم يخترها.

فصل

الأعيان المملوكات ضربان: ضرب يصح قسمه وضرب لا يصح قسمه، فالذى لا يصح قسمه هو: الثياب، والحيوان، والرقيق، والعروض وغيرها فهذا يصح قسمة النوع منه دون الأعيان، ولا يصح قسمة أعيان هذه الأشياء كالثوب والعبد والدابة والسفينة

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) القسمة فى اللغة: (التجزئ) يقال: قسمه يقسمه وقسمه جزاءه والقسم هو النصيب أو الجزء من الشئ المقسوم) القاموس المحيط (٤/١٦٤).

وفى الاصطلاح: (تصيير مشاع من مملوك مالكين معيناً ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض) شرح حدود ابن عرفة (٢/٤٩٢).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه مسلم فى الإيمان (٣/١٢٨٨) ح (٥٦/١٦٦٨).

(٥) أخرجه ابن ماجه فى الرهون (٢/٨٣١) ح (٢٤٨٥)، ومالك فى الموطأ (٢/٧٤٦) ح (٣٥).

وما فى حكم العين الواحدة كالحفنين والتعلين والباين وكل ما فى قسمة إتلاف عينه أو إتلاف النفع به، فهذا النوع لا يصح قسم العين منه لأن القسمة هى فى إقرار الحقوق وأن يميز الإنسان حقه وينفرد به فيستفيع به^(١) على ما يريده، وقسم هذه الأعيان يفيتها هذا المعنى فيجب منعه، ولأن طالب قسمة العبد والدابة والثوب والسطل وما أشبهه كأنه يقول: أريد أن أتلّفه على شريك ملكه وأبطل عليه الانتفاع به ولا أبالى إن أدى ذلك إلى إتلاف ملكى، فلا يُمكن من ذلك.

فصل

إذا ثبت أن قسمة كل واحد من هذه الأعيان لا يصح بانفرداها فإذا تشاح الشريكان فيه ولم يتراضيا بالانتفاع به على الشياخ وأراد أحدهما البيع فله ذلك فإن أجابه الآخر أن يبيع حصته معه جاز، وإن أبى أجبر على البيع معه^(٢)، لأن فى بيع هذا حصته عنه وحده ضرراً عليه لنقص قيمتها إذا أفردت بالبيع عنها إذا بيعت بالجملة فلا يجوز أن يقال: إن الشريك غير مختار لإخراج ملكه ولا يجبر عليه لأنه إذا تعلق بذلك حق لغيره أجبر عليه ولم يلتفت إلى اختياره كالشفعة، ولأن الشركة لما لم يلزم البقاء عليها كان لمن أراد الانفرد منهما بحقه أن ينفرد به، فإن أمكن بالقسمة وإلا بالبيع لأنه لا طريق له إلا ذلك، فإذا ثبت أن الشريك يجبر على البيع بما دفع به كان له ذلك لإزالة الضرر عنه إلا إن شاء الشريك بيع حصة مشاعة فلا يلزم بيع حصته معه، فإن اختار أن يتقاوما رقبة المبيع، فإن زاد على صاحبه سلمه الآخر له، هذا الحكم فيما لا ينقسم آحاده.

فصل

فأما الذى ينقسم أعيانه كالعقار والرباع فما أمكن قسمه منها ولم يعد بالضرر وإتلاف حصة أحد الشركاء قسم بينهم، وما لا يمكن قسمه إلا بلحوق الضرر لجماعتهم وأن يصير لكل واحد ما لا يتفيع به فلا يجوز قسمه لأن ذلك إضرار بنفسه وشركائه، وإن كان يصير لأحد الشركاء ما يتفيع به فطالب بالقسمة وفى القسم إبطال انتفاع الباقي بحصصهم، وقد قيل إن العقار إذا كان مما ينقسم قسم على كل حال إذا دعا بعض

(١) انظر المدونة، الكبرى (٢٤٧/٤).

(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (٨٧٠/٢).

الشركاء إلى القسمة^(١).

فوجه القول بأنه يقسم وإن كان يصير لكل واحد منهما ما لا ينتفع به أن القسمة هي تمييز الحقوق فمن دعا إليها كان له ذلك اعتباراً به إذا حصل للآخر ما ينتفع به، ولأنه يقول: أريد أن أنفرد بملكي وليس على شيء من غيري فيكون له ذلك، ووجه القول إنه لا يقسم قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢) وهذا من الإضرار، ولأن قسم رقاب العروض والحيوان إنما امتنع لهذا المعنى.

فصل

والقسمة في الأصل على ثلاثة أوجه:

قسمة مهايأة: وهي أن يتهايا الشريكان فيأخذ هذا داراً يسكنها وهذا أرضاً يزرعها فيجوز ذلك بالتراضي وليست بواجبة يجبر عليها من أباه، لأن قسمة المنافع ليست بقسمة للرقاب.

وقسمة بيع: وصفتها: أن يأخذ أحد الشريكين داراً على أن يأخذ أحد الشريكين داراً أخرى أو بستاناً أو دكاناً فهذه قسمة [جائزة]^(٣)، لأنها بيع ومحصولها أن أحدهما باع حصته من الدار بحصة الآخر من الدار الأخرى.

والثالث: قسمة قيمة وتعديل: وذلك إذا كانت الدار مختلفة البناء، والبستان مختلف الغراس يختلف قيمة كل شيء منه من نخل وشجر ويسط فإنها تعدل بالقيمة ويضرب عليها بالسهم، وصفة ذلك تقسم الفريضة وتحقق وتضرب إن كان في سهامها كسر إلى أن تصح السهام ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من غراسها ثم تعدل على أقل السهام بالقيمة فرمما كانت جريب من موضع بإزاء ثلاثة أجربة من موضع [آخر]^(٤) على حسب اختلاف قيم الأرض في مواضعها، فمن حصل له سهم من طرف فإن كان بقدر حقه فقد استوفاه، وإن كان أقل من حقه ضم إليه بما يليه تمام حقه^(٥).

(١) انظر المدونة الكبرى (٢٤٢/٤).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ثبت في (ب) (رائدة).

(٤) ثبت في (أ) (في حكم آخر).

(٥) المدونة الكبرى (٢٤٢/٤).

وجه ذلك: أن القيمة إذا عرفت وعدلت على أقل السهام نظر: فإن تراضوا على أن يجعل لأحدهم من طرف وللباقين من الطرف الآخر جاز، وإن تشاحوا ضرب بالسهم بينهم فمن حصل له سهم من جهة كانت له، فإن اختلفوا بأى الجهات يبدأ فى الإسهام عليه أسهم على الجهتين فأيتهما خرج سهمها أسهم عليها ثم كان الحكم فيه على ما بيناه.

وصفة القرعة: أن يكتب أسماء الشركاء فى رقاع وتجعل فى طين أو شمع ثم ترمى كل بندقة فى جهة فمن حصل اسمه فى جهة أخذ حقه متصلاً فى تلك الجهة، وقيل: تكتب الأسماء وتكتب الجهات [ثم يخرج أول بندقة من الأسماء ثم أول بندقة من الجهات]^(١) فيعطى من خرج اسمه نصيبه من تلك الجهة.

فصل

إذا أراد الشريك قسمة دور أو دكاكين أو ضياع: فطلب بعضهم القسم له بحقه فى كل دار أو دكان، وطلب الباقون القسمة على العدد نظر: فإن كانت المنافع متساوية أو متقاربة والمواضع متصلة أو متقاربة ورغبة الناس فيها غير متباعدة قسمت على العدد، وإن كانت المنافع مختلفة والمواضع متصلة [والمنافع متساوية والمواضع]^(٢) متباعدة قسمت كل دار على حدة^(٣)، وقال أبو حنيفة^(٤) والشافعى: يقسم فى الوجهين كل دار على حدة^(٥).

ودليلنا أن القسمة بالعدد أنفع للفريقين وأبعد على الغرر وأعود بالصالح لأن الدار الواحدة إذا قسمت ربما فسدت وقل الانتفاع بما يصير لكل واحد منهما، وإذا حصل لكل واحد دار كاملة كمل انتفاعهم بها فكان عدولهم عن هذا إلى قسمة أجزاء الدار إثارة للإضرار بنفسه وبالشريك فلا يترك وذلك، ولا يلزم عليه الدار الواحدة لأنه لا يمكن فيها إلا قسمة كل عين، فأما إذا كانت المنافع مختلفة مثل السيج والنضح والدار للسكنى

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) المدونة الكبرى (٢٤٢/٤).

(٤) الاختيار للموصلى (٩٩/٢)، الهداية للمرغينانى (٣٧٣/٤).

(٥) انظر المهذب للشيرازى (٣٠٨/٢)، روضة الطالبين (٢١١/١١).

والأرض للزراع فإن كل ملك يقسم على حدة لاختلاف الأغراض فيه ولحقوق الضرر بقسمتها على العدد، وكذلك اختلاف المواضع. قائم مقام اختلاف الأغراض والمنافع.

فصل

الحمام والرحى وكل ما لا يحتمل القسم إلا أنه إذا قسم بطل الانتفاع به من ذلك الوجه وإن كان يتنفع به لغيره ففي قسمه روايتان^(١).

فإذا قلنا: يقسم فإن الانتفاع يحصل بقسمه ما أشبه سائر العقار، وإذا قلنا لا يقسم لأن في قسمه إبطال المنفعة المقصودة منه وإتلافها وذلك ضرر فلم يجز.

فصل

أجرة القسام على الرؤوس دون الأنصباء^(٢)، خلافاً للشافعي في قوله: إنها على الأنصباء، لأن اختلاف المقادير لا توجب زيادة في فعل القاسم بزيادة السهم بل التعب فيه واحد بل ربما تعب بتميز السهم القليل وإفراذه أكثر مما يتعب بتميز الكثير، يبين ذلك أن الدار تكون فيها ثلثان وثمان فيحتاج إلى قسمتها أثماناً ولو كانت نصفين لكان أسهل عليه، والأجرة تستحق على حسب العمل في الكثرة والقلة فإذا كان اختلاف مقادير الأنصباء يؤثر في زيادة العمل ونقصانه أو ربما أثر في القليل مثل تأثيره في الكثير أو أكثر وجب إطراح هذا الاعتبار وأن يكون معتبراً بعدد الرؤوس.

فصل

وإنما قلنا يقسم على أقل السهام لأن صاحب السهم القليل يحتاج إلى أفراد حقه فلو لم يقسم على أقل السهام لم يصل إلى غرضه، وليس في ذلك إضرار بصاحب السهم الكبير لأنه يستوفي حقه متصلاً ولا يحتاج معه إلى استئناف قسمة لصاحب السهم القليل.

(١) انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨٧٢).

(٢) قال النووي: (تلك الأجرة تنوع على قدر الحصص على المذهب وقيل قولان: ثانيهما على عدد الرؤوس) روضة الطالبين (١١/ ٢٠٢)، المهذب للشيرازي (٢/ ٣٠٦).

فصل

وإذا اشترك جماعة فى سهم قسم ذلك السهم مع بقية السهام قسمًا واحدًا ثم استؤنف القسم بين أهل ذلك السهم إن أرادوا، لأن القسم على قدر أهل السهام وحكم أهل السهم الواحد حكم المالك الواحد فإذا انفردوا بسهمهم صار لهم حكم أنفسهم ألا ترى أن الشفعة بين أهل سهمهم لا يدخل عليها أهل سهم آخر.

باب اللقيط^(١)

لا يتبع الصبي أمه في الإسلام خلافاً لابن وهب، وإليه ذهب أبو حنيفة^(٢) والشافعي^(٣)، لأنه يتبع في الذمة أباه دون أمه فكذلك في الإسلام، ولأن كل من لا يتبعها في عقد الذمة لم يتبعها في عقد الإسلام كالجد والعم.

فصل

والصغير مسلم بإسلام أبيه لا بنفسه خلافاً لأبي حنيفة^(٤)، لأنه غير مكلف كالمجنون، ولأن كل من يتبع غيره في الإسلام لم يصح إسلامه بنفسه كالذي يقصر عن التمييز.

فصل

ومن التقط لقيطاً فأنفق عليه فهو متطوع، وإن أراد أن ينفق عليه ويتبعه به فليس ذلك له إما أنفق عليه محتسباً وإما تركه، وإنما قلنا ذلك لأنه فقير من فقراء المسلمين تلزم الكافة إعانتته فليس له أن يجعل عليه ديناً، وسواء استأذن الإمام في أن ينفق عليه أم لم يستأذنه، خلافاً لمن يقول: إنه يتبعه إذا استأذن الإمام لأنه ليس للحاكم أن يلزم ذمم الصغار ديوناً يتبعون بها مع الغنى عنها، لأن النفقة على أمثال هؤلاء يكون على وجه الحسبة.

فصل

وميراث المنبوذ^(٥) لبيت المال، لأنه مسلم لا وارث له وليس للمتقطه شيء من ميراثه، لأن الميراث لا يكون إلا بنسب أو ولاء أو نكاح وكل ذلك معدوم بين المنبوذ وملتقطه، والله أعلم وأحكم.

(١) اللقيط: هو صغير آدمي لم يعلم أبواه ولا رقه. شرح حدود ابن عرفة (٢/٥٦٥).

(٢) انظر الهداية للمرغيناني (٢/٤٦٣).

(٣) روضة الطالبين (١٠/٧٧)، المذهب للشيرازي (٢/٢٢٣).

(٤) انظر الهداية للمرغيناني (٢/٤٦٣).

(٥) أي: اللقيط.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

٢٩

كتاب الجراح^(١)

الأصل فى القصاص قوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص فى القتلى...﴾ إلى قوله: ﴿ولكم فى القصاص حياة﴾ [البقرة: ١٧٨ - ١٧٩] وقوله: ﴿والجروح قصاص﴾ [المائدة: ٤٥] وقوله ﷺ: «العمد قود كله إلا أن يعفو ولى المقتول»^(٢) وقوله: «من قتل له قتيل فأهله بخير النظرين إن شاءوا قتلوا وإن شاءوا عفوا وأخذوا الدية»^(٣)، فإذا ثبت ما ذكرناه فلا يجب القصاص إلا بأحد ثلاثة أوجه: إما بيينة، أو بإقرار، أو بقسامة، ويبان ذلك يأتى فيما بعد إن شاء الله.

(١) الجراح فى اللغة: الجراح جمع جراحة والاسم الجرح ورجل وامرأة جريح وجرحى وجرح كسمع أصابته جراحة. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (١/٢١٧، ٢١٨).

وفى الاصطلاح: عرفها الرصاع بقوله: الجرح هو تأثير الجناية فى الجسم. انظر الرصاع شرح حدود ابن عرفة (٢/٦٢٠).

(٢) أخرجه أبو داود فى الديات (٤/١٨٢) ح (٤٥٤٠)، والنسائى فى القسامة (٨/٣٥) باب (من قتل بحجر أو سوط) وابن ماجه فى الديات (٢/٨٨٠) ح (٢٦٣٠)، والدارقطنى فى سننه (٣/٩٣) ح (٤١). انظر نصب الراية للحافظ الزيلعى (٤/٣٢٧).

(٣) أخرجه البخارى فى الديات (١٢/٢١٣) ح (٦٨٨٠)، ومسلم فى الحج (٢/٩٨٨) ح (١٣٥٥/٤٤٧).

باب

الاعتبار في وجوب القصاص تكافؤ الدماء، فإذا قتل شخص شخصاً ودماءهما متكافئة جاز أن يجرى بينهما القصاص، وإن كان أحدهما ناقصاً عن الآخر كان القصاص للأعلى منهما على الأدنى ولم يكن للأدنى على الأعلى، والتكافؤ معتبر بالمساواة في الدين والحرمة الراجعة إلى الحرية: فلا يقتل مسلم قصاصاً بكافر ولا ذمي ولا معاهد ولا كتابي ولا وثني سواء كان المسلم القاتل حراً أو عبداً^(١)، ولا يقتل حر بعبد لا بعبد نفسه ولا بعبد غيره ولا بمدير ولا بمكاتب ولا أم ولد ولا من فيه بقية رق، فإن قتل الكافر مسلماً أو العبد حراً قتل به، ويقتل اليهودي بالنصراني والنصراني باليهودي، والكفر في ذلك ملة واحدة، ودماء بعضهم مكافئة لدم بعض.

وإذا قتل ذمي ذمياً ثم أسلم القاتل لم يسقط عنه القود، وكذلك العبد إذا أعتق وقد قتل عبداً^(٢)، وإذا جرح الكافر مسلماً أو قطع طرفه لم يقتص منه وكانت له الدية عليه، وقد قال: يجتهد السلطان في ذلك. ويحتمل على هذه الرواية القود، وإذا جرح العبد حراً أو قطع يده لم يستقد منه، ويحتمل على ما قدمناه أن يقاد منه وهو الصحيح.

ودم المرأة مكافئ لدم الرجل وإن تفاضلا في الديات، وجرحها مكافئ لجرحه فيقتص للرجل من المرأة وللمرأة من الرجل في النفس وما دونها من الأطراف والجراح، ويقتل الرجل بالمرأة وبجماعة النساء وتقتل المرأة بالرجل وبجماعة الرجال، ولا يجب أخذ شيء من الدية ولا ردها.

ودماء العبيد متكافئة وتقتل منهم الجماعة بالواحد والواحد بالجماعة، والقصاص جار بين الأقارب كجريه بين الأجانب يقتص للأخ من أخيه، ولابن الأخ من عمه وللعم من ابن أخيه، وكذلك الأقرباء سوى الأب فإنه إن قتل ابنه حذفاً فادعى أنه أراد أدبه وأشبهه أن يكون كما أدعاه فلا قود عليه وتلزمه الدية مغلظة في ماله، وأما إن أضجعه فذبحه أو شق جوفه أو فعل به فعلاً يعلم أنه عمد به قتله به فإن عليه القود له إذا تكافأت

(١) ذكره ابن عبد البر في الكافي. انظر الكافي (١٠٩٦/٢).

(٢) ذكره ابن عبد البر في الكافي وقال: والعق مردود لأن سيد المقتول قد ملك العبد القاتل إن لم يفتكه سيده. انظر الكافي لابن عبد البر (١٠٩٧/٢).

دماؤهما، ولو قال فى الحرب أو ما يقبل معه ادعاؤه إرادة غير العمد: أنى تعدت به قتله قتل به، وحكم الأم والجد فى ذلك بحكم الأب، وقال أشهب: لا يقتل أب بابن وعليه الدية، ومن تعدد قتل امرأته أوجرحها اقتصص لها منه.

فصل

وإنما قلنا: إن تكافؤ الدماء معتبرة فى القصاص لقوله ﷺ: «المؤمنون تتكافأ دماؤهم»^(١)، ولإجماعهم على منع قتل المسلم بالمعاهد والمستأمن، وللاتفاق على وجوب اعتبار ذلك^(٢).

فصل

وإنما منعنا قتل المسلم بالكافر، خلافاً لأبى حنيفة^(٣)، لقوله ﷺ: «المسلمون تتكافأ دماؤهم»^(٤) فدل على أن دماء غيرهم لا تتكافأ، وقوله: «وهم يد على من سواهم»، وقوله: «لا يقتل مسلم بكافر»^(٥) وهذا نص، ولأنه ناقص بالكفر كالحربى والمستأمن، وإنما قلنا لا يقتل حر بعبد خلافاً لأبى حنيفة فى قوله: إنه يقتل بعبد غيره^(٦)، ولداود فى قوله: إنه يقتل بعبد نفسه وعبد غيره^(٧)، لقوله ﷺ: «لا يقتل حر بعبد»^(٨)، ولأنه

(١) أخرجه أبو داود فى الجهاد (٨١/٣) ح (٢٧٥١) وابن ماجه فى الديات (٨٩٥/٢) ح (٢٦٨٥) وأحمد فى المسند (٢٨٢/٢) ح (٦٩٨٦).

(٢) انظر المغنى لموفق الدين (٣٣٤/٩).

(٣) ذكره الشيخ الموصلى فى الاختيار، وقال: المراد بقوله ﷺ لا يقتل مسلم بكافر الحربى لأن الكافر متى أطلق ينصرف إلى الحربى عادة وعرفاً. انظر الاختيار للموصلى (٧٩/٤). انظر الهداية للمرغينانى (٣، ٤/٤٠٤).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه البخارى فى الديات (٢٧٢/١٢) ح (٦٩١٥)، والترمذى فى الديات (٢٤/٤ - ٢٥) ح (١٤١٢) وقال: حديث حسن صحيح، والنسائى فى القسامة (٢٢-٢١/٨) (باب: سقوط القود من المسلم للكافر)، وابن ماجه فى الديات (٨٨٧/٢) ح (٢٦٥٨).

(٦) ذكره الشيخ المرغينانى فى الهداية، انظر الهداية (٣، ٤/٤٠٤). انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٢٣٨/٧)، وهو قول قتادة والثورى وسعيد بن المسيب والنخعى. انظر المغنى لموفق الدين (٣٤٩، ٣٤٨/٩).

(٧) ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة، وقال: وهو قول النخعى أيضاً. انظر المغنى لموفق الدين (٣٤٩/٩).

(٨) أخرجه الدارقطنى فى سنته (١٣٣/٣) ح (١٥٨) والبيهقى فى الكبرى (٦٣/٨) ح (١٥٩٣٩) =

ناقص بالرق، ودليله إذا كان مملوكًا لقاتله، ولأنه نوع من القصاص فلم يستحقه العبد على الحر كالأطراف.

وإنما سوينا بين العبد والمدير والمكاتب وأم الولد لبقاء أحكام الرق فيهم، وذلك يمنع تساوى الحرم، ولأن أحكام الرق أغلب عليهم بدليل نقصان طلاقهم وحدودهم ومنعت شهادتهم فكذلك فى نفي القصاص.

وإنما قلنا: إن الكافر يقتل بالمسلم والعبد بالحر لأن دم الأعلى يكافئ دم الناقص ويزيد عليه فإذا قتل الناقص بالأعلى فلم يؤخذ منه زيادة على ما كان يلزمه به وإنما قلنا إن سائر أنواع الكفار يقاد لبعضهم من بعض فلتساويهم فى النفس بالكفر كأنواع العبيد فى تساويهم فى النقص بالرق.

فصل

وإنما قلنا: إن إسلام الذمى لا يسقط عنه القود خلًا للأوزاعى^(١)، وكذلك العبد إذا قتل عبدًا ثم أعتق القاتل لأنه حق لأدمى طريقه الحد كسائر الحقوق، ولأن الاعتبار بالحدود حال وجوبها لا حال استيفائها، ووجه القول بأن المسلم لا يقتص من الكافر والحر لا يقتص من العبد فى الجراح أن العضو الذى يقطعه ليس بمكافئ لأعضاء المسلم والحر فكان كَيْدِ الأشل إنها لا تقطع بيد الصحيح، ووجه ثبوت القصاص اعتباره بالنفس.

وإنما قلنا إن الرجل والمرأة يجرى القصاص بينهما لقوله تعالى: ﴿النفس بالنفس﴾ [المائدة: ٤٥]، وقوله ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بأحد ثلاثة أشياء...» فذكر: أو قتل نفس بغير نفس^(٢)، ولأنهما شخصان متساويان فى الحرمة والدين كالرجلين والمرأتين.

= وقال: فى هذا الإسناد ضعيف، وذكره الحافظ ابن حجر وقال: فيه جويسر وغيره من المتروكين، انظر تلخيص الحبير (٢٠/٤).

(١) ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة. وقال: وهو وجه عند أصحاب الإمام أحمد، انظر المغنى لموفق الدين (٣٤٢/٩).

(٢) أخرجه البخارى فى الديات (٢٠٩/١٢) ح (٦٨٧٨) ومسلم فى القسامة (١٣٠٢/٣) ح (١٦٧٦/٢٥).

فصل

وإنما قلنا: إنه لا يزداد بينهما فى الدية، خلافاً لقول من يقول: إن الرجل إذا قتل المرأة رد أولياء المرأة نصف دية الرجل^(١) لأنه شخص يجب له القصاص على شخص فالتفاضل فى الديات لا معتبر به كالجماعة بالواحد، وإنما قلنا: إن القصاص جار بينهما فى الأطراف وما دون النفس خلافاً لأبى حنيفة فى قوله إن يد الرجل لا تقطع بيد المرأة ولا يد المرأة بيد الرجل^(٢)، لقوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥]، ولأنه نوع من القصاص كالقتل، ولأن كل شخصين جرى القصاص بينهما فى النفس فكذلك فيما دونه كالرجلين والمرأتين، وإنما قلنا: إن الجماعة تقتل بالواحدة، خلافاً لداود فى قوله: لا قصاص فى ذلك^(٣)، لقوله ﷺ: «العمد قود كله»^(٤)، وقوله: «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن شاءوا قتلوا»^(٥) فعم، ولأنه إجماع الصحابة وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قتل سبعة بواحد وقال: لو عملاً عليه أهل صنعاء لقتلتهم به^(٦)، وعن على أنه قتل ثلاثة بواحد^(٧)، وعن ابن عباس أنه قال: تقتل مائة بواحد^(٨)، ولا مخالف لهم^(٩)، ولأن كل حد وجب للإنسان على غيره إذا انفرد بمسوجب فإنه يجب عليه إن شارك فيه، أصله: حد القذف.

(١) ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة وقال: روى ذلك عن على رضى الله عنه وهو رواية عن أحمد وحكى ذلك عن الحسن وعطاء، انظر المغنى لموفق الدين (٣٧٧/٩).

(٢) ذكره الشيخ الموصلى فى الاختيار. انظر الاختيار للموصلى (٨٣/٤)، انظر الهداية للمرغينانى (٥١٠/٤، ٣).

(٣) ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة وقال: وهو رواية عن أحمد وهو قول الزبير والزهرى، وابن سيرين وحبيب بن أبى ثابت وعبد الملك وربيعة وابن المنذر، انظر المغنى لموفق الدين (٣٦٧، ٣٦٦/٩)، انظر الإشراف لابن المنذر (٦٩/٣).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه البخارى فى الديات (٢٣٦/١٢) ح (٦٨٩٦)، ومالك فى الموطأ فى العقول (٨٧١/٢) ح (١٣).

(٧) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٧٤/٨) ح (١٥٩٧٦).

(٨) أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه (٤٧٩/٩).

(٩) كذا ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة ثم قال: ولأنها عقوبة تجب للواحد على الواحد فوجب للواحد على الجماعة كحد القذف، انظر المغنى لموفق الدين (٣٦٧/٩).

وإنما قلنا يقطع أطراف الجماعة بطرف الواحد إذا اشتركوا في قطعه خلافاً لأبي حنيفة^(١)، لأنها جناية لو انفرد بها الواحد لزمه القصاص فإذا اشترك فيها الجماعة لزمهم القصاص كالقتل، وإنما قلنا: إن القصاص جارٍ بين الأقارب فلأن القربى لا تمنع تكافؤ الدماء، وهو العلم على وجوب القصاص، وإنما قلنا: إن الأب إذا تعمد قتل ابنه قتل به لعموم الظواهر، ولأنهما شخصان متكافئان في الحرمة والدين فكان القصاص جارٍ بينهما كالأجانب، وإنما قلنا: إنه إذا ادعى أنه أراد أدبه ولم يرد قتله فإنه يقبل منه إذا أشبه لأن العادة جارية بتبسط الآباء على الأبناء وطلب تأديبهم وربما تبسطوا عليهم بالسيف على عادة العرب في شدة الحمية مع كونهم غير متهمين عليهم، فإذا جاء من ذلك قتل علم أنه ليس من سببهم، وفي حديث عمر في الذي دفع إليه وقد قتل ابنه فهم يقتله فليل له: إنه لم يرد قتله وإنه كان من أعز الناس عليه وإنما أراد أدبه فقال: لو أعلم أراد قتله لقتلته به ثم ألزمه الدية^(٢)، وأجرينا الجدة مجرى الأب لحرمة الأبوة وانتفاء التهمة.

فصل

إذا ثبت أنه لا قود عليه فعليه الدية مغلظة في ماله، وصفة التغليظ المذكورة في باب الديات، وإنما قلنا: إن الزوج يقتل بزوجه لعموم الظواهر، والأخبار، ووجوب التكافؤ وانتفاء الشبهة كالأجانب.

(١) ذكره الشيخ الموصلي. انظر الاختيار (٨٥/٤)، انظر الهداية للمرغيناني (٥١٣/٤، ٣).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ في العقول (٨٦٧/٢) ح (١٠)، وأحمد في المسند (٦١/١) ح (٣٥٠)، والبيهقي في الكبرى (٦٩/٨) ح (١٥٩٦٣)، والدارقطني في سننه (٩٥/٤) ح (٨٣).

باب

القتل نوعان عمد وخطأ، وقد اختلف عنه فى نوع ثالث وهو شبه العمد فعنه فيه روايتان: إحداهما: إثباته، والأخرى: نفيه، ووجه إثباته وهو قول أبى حنيفة^(١) والشافعى^(٢)، لقوله ﷺ: «إلا إن قتل العمد الخطأ قتيل السوط والعصى ففيه مائة من الإبل أربعون منها خلقة»^(٣) فأثبت شبه العمد، ولأن شبه العمد ما قد أخذ شبهاً من العمد وشبهاً من الخطأ فلم يكن له حكم أحدهما على التجريد، فشبهه بالعمد قصده إلى الضرب بما لا يقتل مثله غالباً وشبهه بالخطأ أنه لم يقصد القتل، فوجب أن يكون له حكم بين الحكمين، ووجه نفيه قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ﴾ [النساء: ٩٢]، وقوله: ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً﴾ [النساء: ٩٣] فذكر الخطأ والعمد المحضين ولم يذكر ثالثاً، ولأن العمد معنى معقول وهو قصد الفاعل إلى الفعل والخطأ معنى معقول وهو ما يكون عن غير قصد، ووجه الفعل الواحد بالوصفين يمتنع فلم يجز إثباته.

اختلف عن مالك فى مستحق القتل فعنه فيه روايتان: إحداهما أنه القود فقط ولا تجب الدية إلا بالتراضى، والأخرى أن المستحق بالتخيير بين القود والدية^(٤)، والأولى مذهب أبى حنيفة^(٥)، والثانية مذهب الشافعى^(٦)، فوجه الأولى قوله ﷺ: «العمد قود

(١) ذكره الشيخ المرغينانى فى الهداية، وقال: وشبه العمد عند أبى حنيفة رحمه الله أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى السلاح. انظر الهداية (٣، ٤/٥٠٢)، انظر الاختيار للموصلى (٤/٧٥).

(٢) انظر روضة الطالبين للنووى (٩/١٢٣)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٤/٥).
(٣) أخرجه أبو داود فى الديات (٤/١٩٤) ح (٤٥٨٨)، والنسائى فى القسامة (٨/٣٦) باب (كم دية شبه العمد؟ وذكر الاختلاف على أيوب فى حديث القاسم بن ربيعة فيه)، وابن ماجه فى الديات (٢/٨٧٧) ح (٢٦٢٧)، وانظر تلخيص الحبير للحافظ ابن حجر (٤/٢٧) ح (٤).
(٤) أى جبراً وهو قول أشهب، انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/٢٤٠)، انظر بلغة السالك (٢/٣٥٤).

(٥) ذكره الشيخ المرغينانى، انظر الهداية للمرغينانى (٣، ٤/٥٠١)، انظر الاختيار للموصلى (٤/٧٤).

(٦) انظر روضة الطالبين (٩/١٢٢)، وقال الشيخ الماوردى: قتل العمد موجب للقود ولولى المقتول أن يعفو عنه إلى الدية ولا يفتقر إلى مرضاة القاتل، انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٢/٩٥).

كله»^(١)، وقوله: «كتاب الله القصاص»^(٢)، ولأنه معنى موجب للقتل فلم يستحق به التخيير بينه وبين المال، أصله: الزنا مع الإحصان.

وروجه الثانية قوله ﷺ: «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن شاءوا قتلوا وإن شاءوا عفوا وأخذوا الدية»^(٣)، ولأنه قود سقط بالعفو فوجب أن تثبت الدية فيه، أصله: إذا عفا بعض الأولياء، ولأن للنفس بدلين القود والدية فلا يستحق على ولى الدم الاقتصار على أحدهما، كما لو قتل له عبد لكان مخيراً إن شاء قتل له قاتله إذا كان ممن يقتل به، وإن شاء استرقه.

فصل

فأما الخطأ المحض فالواجب به الدية لا خلاف^(٤)، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء: ٩٢] وأما شبه العمد إذا أثبتناه وهو قتل الأب لابنه على وجه الشبهة فالواجب به دية مغلظة ويأتى ذلك فيما بعد.

فصل

كل آلة يقتل بها غالباً فالقود واجب بها كالمحدد والمثقل مثل: الرمح والسيف وسائر أنواع السلاح، والمثقل كالحجارة والصخر والخشب والسندان الحديد وما أشبه ذلك، وما يقتل فزرعه كالنار والماء وكذلك صفات القتل من الذبح والشدخ والخنق وإصابة المقتل وشدة الضغط وإمساك النفس وعصر الأنثيين وغير ذلك مما يعلم أن عامده قصد به القتل، كل ذلك واجب به القود، والأصل فى هذه الجملة قوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص فى القتل﴾ [البقرة: ٢٧٨]، وقوله: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة: ١٩٤]، وقوله ﷺ: «العمد قود كله»^(٥)، وقوله: «إن شاءوا

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخارى فى التفسير (٢٦/٨) ح (٤٥٠٠) ومسلم فى القسامة (١٣٠٢/٣) ح (١٦٧٥/٢٤).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة. انظر المغنى لموفق الدين (٣٣٩/٩).

(٥) تقدم تخريجه.

قتلوا»^(١)، ولأنه لا خلاف في وجوب القود بقتل السيف، وكذلك سائر الآلات^(٢).

فصل

ويقاد من المشغل خلافاً لأبي حنيفة^(٣)، لما روى أن يهودياً رضخ رأس امرأة من الأنصار فأدركت وبها رمق فذكر لها اليهودي فأشارت أن نعم فاعترف فأمر النبي ﷺ فريضخ رأسه بين حجرين^(٤)، ولأنها آلة يقصد بها القتل غالباً كالمحدد.

فصل

لا قود على الصبيان ولا على المجانين، لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث...» فذكر: «الصبي حتى يحتلم، والمجنون حتى يفيق»^(٥)، ولا خلاف في ذلك، وإن قتلوا خطأ على وجه يعلم ذلك منهم فالدية على عواقلهم، فأما إن تعمدوا فعمدهم عندنا خطأ، خلافاً للشافعي في أحد قولي: إن عمدهم عمد^(٦)، وفائدة ذلك القول بأن عمدهم عمد تجب الدية في أموالهم، فإذا قيل: إن عمدهم خطأ تجب على عواقلهم، ودليلنا أن عمدهم خطأ قوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث...»^(٧)، ولأن قصد الصبي لا حكم له فكان كخطأ البالغ.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن من عمد فضرب رجلاً بحديد محدد مثل السيف والخنجر والسكين وسنان الرمح وما أشبه ذلك مما يشق بحده فمات المضروب من ضربه أن عليه القود. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١٤)، انظر الإشراف (٣/ ٧١)، انظر المغنى لموفق الدين (٣٢١/ ٩).

(٣) ذكره الشيخ الكاساني وقال: وإن قصد قتله بما يغلب فيه الهلاك مما ليس بسجراح ولا طاعن كمدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الكبيرة ونحوها فهو شبه عمد عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وخالفه في ذلك أبو يوسف ومحمد فقالا: هو عمد. انظر بدائع الصنائع للكاساني (٢٣٣/ ٧)، انظر الاختيار للموصلى (٤/ ٧٥). وقال الشعبي والنخعي والحسن البصري: لا قود إلا بحديد، انظر رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (ص ٤٦٢).

(٤) أخرجه البخاري في الديات (١٢/ ٢١٣) ح (٦٨٧٩)، ومسلم في القسامة (٣/ ١٢٩٩) ح (١٦٧٢/ ١٥).

(٥) تقدم تخريجه. م

(٦) انظر الأم (٦/ ٢٥)، وقال الإمام النووي: وهو أظهر قول الشافعي. انظر روضة الطالبين (٩/ ١٣٦)، انظر الحاوي الكبير للماوردي (١٢/ ٣٣).

(٧) تقدم تخريجه.

فصل

إذا اشترك في القتل من يجب عليه القود ومن لا قود عليه: كالعامد والمخطئ، والبالغ والصغير، والعاقل والمجنون: قتل من يلزمه القود وكان على الآخر بقسطه من الدية، وقال أبو حنيفة^(١) والشافعي: لا قود على العامد في ذلك^(٢)، ودليلنا قوله: «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن شاموا قتلوا»^(٣)، وقوله «العمد قود كله»^(٤)، ولأنه قاتل عمد كالمنفرد، ولأن الاشتراك في القتل لا يغير الجنس الواجب في الانفراد، أصله: الاشتراك في العمد أو الخطأ.

فصل

وإنما قلنا: إن على الباقي نصف الدية اعتباراً بهم لو انفردوا.

فصل

ومن أمسك رجلاً لغيره فقتله وهو يعلم أنه يريد قتله ظلماً فعليهما القود، خلافاً لأبي حنيفة^(٥) والشافعي في قولهم: لا قتل على المسك^(٦)، لأنه أمسكه لمن يعلم أنه قاتله ظلماً بغير حق فأشبه إذا أمسكه على سبع حتى أكله أو على نار حتى احترق.

يقاد من السكران لأنه غير معذور بزوال عقله، ولأن لأحكامه أحكام الصاحي في

(١) ذكره الشيخ الكاساني، وقال: لو اشترك اثنان في قتل رجل أحدهما ممن يجب القصاص عليه لو انفرد والآخر لا يجب عليه لو انفرد كالصبي مع البالغ والمجنون مع العاقل والمخطئ مع العامد والأب مع الأجنبي والمولى مع الأجنبي لا قصاص عليهما عندنا، انظر بدائع الصنائع للكاساني (٢٣٥/٧)، انظر الاختيار للموصلي (٨٠/٤).

(٢) انظر حاشية الجمل على المنهج (٢٤/٥)، انظر مغنى المحتاج (٢٠/٤).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) قال الشيخ الكاساني: يشترط في القتل أن يكون مباشرة فإن كان تسيباً لا يجب القصاص، انظر بدائع الصنائع للكاساني (٢٣٩/٧).

(٦) ذكره الإمام النووي، وقال: لو أمسكه فقتله آخر فالقصاص على القاتل دون المسك ولو أمسكه وحده لو ثبته سبغ ضار فافترسه فالقصاص على المسك لأن الحيوان الضارى يقتل بطبعه عند التمكن وكأنه آلة لصاحب السبب، انظر روضة الطالبين (١٣٤/٩)، انظر رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (ص ٤٦٣).

وقوع طلاقه، ولزوم قضاء الصلاة له، وحده في الزنا والقتل فكذلك القود.

فصل

ومن أكره غيره على قتل رجل ظلماً: فإن كان المأمور ممن يمكنه مخالفة الأمر ولا تلزمه طاعته قتل المأمور المباشر للقتل، وإن كان مكرهاً لا يمكنه مخالفته كالسلطان الذى يخاف من يخالفه أن يقتله أو يجرى عليه مكروه لمخالفته قتلاً جميعاً وكذلك العبد مع سيده ودليلنا على وجوب قتل [المباشر أنه قاتل لغيره ظلماً فوجب أن يقاد به] ^(١)، أصله: غير المكره، ودليلنا على وجوب قتل ^(٢) المكره إذا كانت تلزمه طاعته إذا اضطره إلى قتل غيره ظلماً وأنه ألجأ إلى قتله فوجب أن يتعلق الحكم بالقتل كالشاهدين زوراً بالقتل، ودليلنا على وجوب قتل المباشر إذا كان لا يمكنه المخالفة أنه قتله لاستبقاء نفسه منه ظلماً فأشبهه إذا جاع فقتله وأكله، ودليلنا على أن الأمر إذا كان ممن لا يلزم المأمور طاعته ولا قود عليه أنه لم يكن منه إلجاؤه إلى قتله كالدال.

اختلف عنه فى النساء هل لهن مدخل فى الدم أو لا، فعنه فيه روايتان ^(٣): إحداهما أن لهن مدخلاً فيه كالرجال، والأخرى: أنه لا مدخل لهن إذا لم يكن فى درجتهن عصبية، فوجه الأولى: قوله ﷺ: «ومن قتل له قتيلاً فأهله بين خيرتين إن شاءوا قتلوا وإن شاءوا عفا وأخذوا الديه» ^(٤) فعم، وقوله «يحلف خمسون منكم» ^(٥)، ولأن القصاص لمستحق على استحقاق الميراث فوجب أن يثبت بتجميع الورثة كسائر الحقوق، واعتباراً بالرجال، ووجه الثانية: أن ولاية الدم مستحقة بالنصرة ولسن من أهلها فلم يكن لهن مدخل فى الولاية المستحقة، وإذا قلنا: إن لهن مدخلاً فى ذلك ففى أى شىء لهن مدخل روايتان: إحداهما: فى القود دون العفو لأن العفو إسقاط الحق وليس لهن ذلك، والأخرى فى العفو دون القود.

(١) طمس فى جميع الأصول.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) ذكرها ابن عبد البر فى الكافى، انظر الكافى لابن عبد البر (١١٠١/٢).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه البخارى فى الديات (٢٣٩/١٢) ح (٦٨٩٨)، ومسلم فى القسامة (١٢٩١/٣) ح

(١٦٦٩/١).

فصل

إذا كان بعض العصبه أصاغر وبعضهم أكابر فإن ولاية الدم للأكابر العقلاء إن شاءوا اقتصوا وإن شاءوا عفوا، خلافاً للشافعي^(١)، لأنها ولاية مستحقة بالتعصيب فلا مدخل للصغير والمجنون فيها، أصله: ولاية النكاح، ولا يلزم عليه الغائب لأن الغيبة لا تقطع ولايته.

فصل

لا يستفاد من جرح ولا يعقل إلا بعد اندماله خلافاً للشافعي في قوله: يستفاد في الحال منه^(٢) لما روى أنه عليه السلام: نهى عن الجرح ليستفاد منه حتى يندمل^(٣)، ولأنه قد يؤول إلى النفس فيعاد القود ثانية وذلك خروج عن المسألة، ولأن المقتص منه يموت قبل الجاني، وربما تلف وبرأ الجاني فيكون في ذلك تلفاً للقصاص وذلك غير جائز.

فصل

ومن قتل في الحرم أو الحل ثم يلجأ إلى الحرم قتل فيه ولم يؤخر إلى الحل، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يقتل في الحرم إذا لجأ إليه ولكن يضجر ويلجأ إلى الخروج منه^(٤)، لقوله عليه السلام: «إن شاءوا قتلوا»^(٥) ولم يفرق، ولأن كل موضع جاز استيفاء القصاص فيه إذا كانت الجناية فيه جاز استيفاؤه فيه وإن وجبت في غيره كالحل، ولأنه

(١) قال الإمام الشافعي في الأم: وإذا كان في ورثة المقتول صغار أو غيب لم يكن إلى القصاص سبيل حتى يحضر الغيب ويبلغ القصر، انظر الأم (١١/٦)، وقال الإمام النووي: لو كان في الورثة غائب أو صبي أو مجنون انتظر حضور الغائب أو إذنه ويلوغ الصبي وإفاقة المجنون وليس للآخرين الانفراد بالاستيفاء، انظر روضة الطالبين (٩/٢١٤).

(٢) ولكن عند الشافعي يستحب ألا يستوفى إلا بعد استقرار الجناية بالاندمال أو بالسراية إلى النفس، انظر المذهب للشيرازي (١٨٥/٢)، انظر روضة الطالبين (٩/٢٢٤).

(٣) أخرجه أحمد في المسند (٢٩١/٢) ح (٧٠٥٢)، والبيهقي في الكبرى (١١٨/٨) ح (١٦١١٥)، وانظر نصب الرأية للحافظ الزيلعي (٣٧٧-٣٧٦/٤).

(٤) الذي وجدته عند الأحناف أن الحريم إذا التجأ إلى الحرم لا يباح قتله ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى ولا يباع حتى يخرج من الحرم. والقاتل يكون أولى بهذا الحكم، انظر بدائع الصنائع للكاساني (١١٤/٧).

(٥) تقدم تخريجه.

قصاص لو وجد سببه فى الحرم جاز استيفاؤه فيه فإذا وجد فى الحل جاز استيفاؤه فى الحرم كالاطراف .

فصل

إذا جرح رجلاً ثم قتله أو قتل غيره قتل ولم يجرح إلا أن يكون مثل به فإنه يفعل به مثل ما فعله ثم يقتل، وقال أبو حنيفة^(١) والشافعى يجرح ثم يقتل^(٢)، ودليلنا أن ما دون النفس يدخل فى النفس لأن القتل يأتى عليه لأن الغرض بالقصاص: إما أن يكون التشفى أو إبطال العضو الذى أتلفه على المجرور وأى ذلك كان فحصوله بالقتل أبلغ، فأما إذا مثل به فإنه يمثل به ثم يقتل، لأن التمثيل مقصود بالقصاص منه ليقع الارتداع عن مثله فلا يدخل فى القتل كما لم يدخل فيه الجرح الذى لم يقصد به التمثيل، كما يقول: إن من وجب عليه جلد وقتل فإنه يقتل ولا يجلد إلا أن يكون الجلد وجب للفرية بالجلد حيثئذ زوال المعرة عن المقدوف وذلك لا يكون إلا بجلد القاذف.

فصل

السراية عن القصاص غير مضمونة خلافاً لأبى حنيفة^(٣)، لأنه قطع استحقاقه عليه بسبب كان منه فلم يضمن كالقطع فى السرقة.

فصل

إذا جرح فترامى الجرح إلى زيادة عليه ثم اندمل فإن كان عمداً اقتص منه لجرحه الأول ثم ينظر به فإن بلغ إلى حيث بلغ جرح المجنى عليه فقد استوفى حقه، وإن زاد عليه يضمن الزيادة، فإن نقص لم يقتص منه [ثانية]^(٤) ولكن يعقل له ما بينهما، وإنما قلنا: لا يقتص منه فيما ترامى إليه لأن ذلك غير متعمد والقصاص لا يكون إلا فى

(١) ذكره الشيخ المرفغينانى، وقال: والأصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن، انظر الهداية للمرفغينانى (٣، ٥١٤/٤)، انظر الاختيار للموصلى (٨٦/٤).

(٢) ذكره الشيخ الماوردى، انظر الحاوى الكبير (١٢/١٢٢)، انظر روضة الطالبين (٩/٢٢٠).

(٣) ذكره الشيخ الكاسانى، وقال: إذا قطع يد رجل عمداً حتى وجب عليه القصاص فقطع الرجل يده فمات من ذلك ضمن الدية فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد: لا شيء عليه. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/٣٠٥)، وقال شيخ الإسلام السرخسى فى مبسوطه بوجوب الدية على عاقلة المقتص له. انظر المبسوط (٢٦/١٤٧).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

العمد، وإنما قلنا: إن الزيادة هدر لما قدمناه من أنها زيادة على قود مستحق عليه، وإنما قلنا: إن قصر عن جرح المجنى عليه لم يقد منه ثانية لأنه لا يستحق عليه قود فيما راد على الجرح المباشر، وإنما قلنا: يعقل له ما بينهما لأنه نقص عن جناية لا قود فيه [فكان فيه الدية^(١) كالخطأ].

فصل

وأول الجراح الدامية وهي التي تدمى الجلد، ثم الحارصة^(٢) وهي التي تشقه، ثم السمحاق وهي التي تكشفه، ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم، ثم المتلاحمة وهي التي تقطع اللحم في عدة مواضع، ثم الملطأة وهي التي يبقى بينها وبين انكشاف العظم جلد رقيق^(٣)، ثم الموضحة وكل ما ذكرناه قبلها، فإن كان عمداً ففيه القود لعموم الظواهر، ولأن القصاص ممكن فيه من غير خوف غالب على النفس، وإن كان خطأ ففيه الاجتهاد وليس فيه دية مسمأة، فأما الموضحة التي توضح عن العظم فإن كانت في الرأس أو الوجه ففيها نصف عشر الدية، وإن كانت في سائر الجسد ففيها حكومة وفي عمدها القود أين كانت، ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم ولا دية فيها، ثم المنقلة وهي التي تطير فراش العظم منها مع الدواء وفيها عشر ونصف عشر الدية إذا كانت في الوجه أو الرأس فإن كان في سائر الجسد فالاجتهاد، ثم المأمومة وهي التي تخرج إلى أم الدماغ وفيها ثلث الدية^(٤)، وكذلك في الجائفة وهي التي تصل إلى الجوف.

فصل

الجراح على ضربين: ضرب يتأتى المماثلة فيه، وضرب لا يتأتى فيه، فما تتأتى فيه نوعان: منه ما لا يعظم الخطر والخوف منه على النفس غالباً فالقصاص فيه واجب وذلك كالدامية وما بعدها إلى الموضحة وقطع الأطراف ونزع العين وغير ذلك من

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) قال الفيروزآبادي: الحارصة بالحاء الشجة تشق الجلد قليلاً. انظر القاموس المحيط (٢/٢٩٧)، وقال الشيخ ابن عرفة الدسوقي: حارصة بحاء مهملة فالف فراء فصاد مهملتين. انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٢٥١)، انظر الكافي لابن عبد البر (٢/١١٣).

(٣) انظر الكافي لابن عبد البر (٢/١١٣)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٢٥١).

(٤) ذكره ابن عبد البر وقال: ويقال لها أمة. انظر الكافي لابن عبد البر (٢/١١٤)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٢٥٢).

الأعضاء، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ [المائدة: ٤٥] وقوله تعالى: ﴿والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن﴾ [المائدة: ٤٥]، ومنه ما يعظم الخطر فيه على النفس ويخاف التلف بالقصاص منه فهذا لا قصاص فيه؛ لأن القصاص لو ثبت فيه لكان كالأخذ للنفس في مقابلة الجرح وذلك غير جائز، وقد اختلف في بعضها ونحن نبينه.

فصل

أما المأمومة والموضحة والجائفة فلا أعلم خلافاً من قول مالك [ألا] ^(١) قود فيها ^(٢)، ويدل عليه حديث العباس عن النبي ﷺ أنه قال: «ليس في المأمومة ولا الجائفة ولا المنقلة قود» ^(٣) وهذا نص، ولأن الخطر فيها يعظم على النفس فيكون متى اقتصصنا منها قد أخذنا النفس بما دونها.

فصل

وأما المنقلة ففيها روايتان: إحداهما: وجوب القود، والأخرى: سقوطه ^(٤)، فوجه السقوط أن أمرها أخف من المأمومة لأن أكثر ما فيها رض العظم الذي كشفت عنه الموضحة وذلك لا يوجب التلف غالباً، وذكر مالك عن ربيعة أن ابن الزبير أقاد منها ^(٥)، ووجه نفي القود الخبر الذي رويناه واعتباراً بالمأمومة لعل عظم الخطر فيها.

فصل

كسر الفخذ لا قود فيه من المتألف، فأما غير الفخذ ففيه روايتان ^(٦)، وكل ذلك مبنى

(١) في (١) أن.

(٢) انظر المدونة (٤/٤٣٨)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٢٥٢)، انظر الكافي لابن عبد البر (٢/١١٠٣).

(٣) أخرجه ابن ماجه في الديات (٢/٨٨١) ح (٢٦٣٧)، في الزوائد: في إسناده رشدين بن سعد المصري، أبو الحجاج، المهري، ضعفه جماعة. واختلف فيه كلام أحمد، فمرة ضعفه، ومرة قال: أرجو أنه صالح الحديث، والبيهقي في الكبرى (٨/١١٤) ح (١٦١٠).

(٤) قال مالك في الموطأ: والأمر عندنا أن في المنقلة خمس عشرة فريضة، انظر الموطأ (٢/٨٥٨).

(٥) انظر الموطأ (٢/٨٥٩).

(٦) ذكره في المدونة. انظر المدونة (٤/٤٤١)، انظر الكافي لابن عبد البر (٢/١١٠٣، ١١٠٥).

على إمكان المائلة، فإن فانت فيه ولم يعظم الخوف على النفس يجب القصاص، وإن اشتد الخوف فلم يجب.

فصل

فأما ما لا يتأتى فيه المائلة فلا قصاص فيه، لأن معنى القصاص هو المائلة فإذا عدت خرج ما يفعله بالجاني عن أن يكون قصاصاً فلم يجب، وتعذر المائلة يكون بثلاثة أوجه: أحدها: بمعنى يعود إلى العقل كما يقول أصحابنا في الشلل وذهاب بعض ضوء العين والسمع وقطع ما يمنع بعض الكلام من اللسان فهذا مما تتعذر المائلة فيه في الظاهر، والثاني: أن تتعذر المائلة لفقد المحل مثل أن يقلع أعمى عين بصير أو يضرب أصم أذن سميع فيذهب سمعه وما أشبه ذلك، والثالث: تمنع لعارض المائلة مع إمكانها قبل حصوله وهو أن يعفو بعض أولياء الجناية فيتعذر القود لأنه لا يمكن استيفاء حقه على الانفراد وهذا يتصور في القتل.

باب

والدية^(١) ثلاثة أنواع: إبل وذهب وفضة لا يؤخذ مما سوى ذلك من عروض ولا حيوان ولا غير ذلك، وموجبها ثلاثة أشياء: قتل خطأ وقتل عمد وقتل شبه العمد، وهى من الإبل مائة، ومن الذهب ألف دينار، ومن الورق اثني عشر ألف درهم، فأما دية الخطأ فهي خمسة أخماس: خمس بنات مخاض، وخمس بنات لبون، وخمس بنو لبون، وخمس حقا، وخمس جذاع، وأما دية العمد فأربع: بنات مخاض، وبنات لبون، وحقا، وجذاع^(٢).

وأما شبه العمد فقد بينا اختلاف قوله فيه، وأنه لا يثبت إلا في قتل الأب لابنه على وجه الشبهة دون العمد، ودية ذلك عنده وغيره من شبهة العمد إذا أثبتة أثلاث: ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون خلفه: وهى الحوامل، وإذا وجبت مغلظة فإن وجبت على أهل الذهب والورق ففيها روايتان: إحداهما: أنها لا تغلظ ولا تؤخذ منهم زيادة على ما يؤخذ فى دية الخطأ والعمد، والأخرى: أنها تغلظ وفى كيفية تغليظها روايتان:

إحداهما: أنه يلزمه من الذهب أو الورق قيمة الإبل مغلظة ما بلغت ما لم ينقص عن ألف دينار أو اثني عشر ألف درهم.

والأخرى: أنه ينظر قدر ما بين دية الخطأ والتغليظ فيحصل جزاء رائداً على دية الذهب والورق^(٣).

[وإنما قلنا: إن الدية مائة من الإبل لقوله ﷺ فى حديث عمرو بن حزم وغيره: «إد

(١) الدية فى اللغة: من ودية والهاء بدل من الواو تقول: وديت القتل أديه دية إذا أعطيت دية واتديت إذا أخذت الدية وتقول د القتل إذا أمرت وهى حق القتل والجمع ديات. انظر المطلع على أبواب المقنع لشمس الدين البعلبلى (ص ٣٦٣)، انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٣٩٩/٤).

وفى الشرح: قال الشيخ ابن عرفة الدسوقي: هى مال يجب بقتل آدمى حر عن دية أو بجرحه مقدراً شرعاً لا باجتهاد. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاص (٦٢١/٢).

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (١١٠٨/٢).

(٣) ذكره ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (١١٠٩/٢).

فى النفس مائة من الإبل^(١) ولا خلاف فى ذلك^(٢) [٣].

فصل

وإنما قلنا: إنها من الذهب ألف دينار، والكلام فيه فى موضعين: أحدهما مع أبى حنيفة فى قوله: إنها من الورق عشرة آلاف درهم^(٤)، والآخرى مع الشافعى فى قوله: إن على أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل الذهب والورق قيمة المائة من الإبل بالغة ما بلغت من غير اعتبار بألف [دينار ولا باثنى عشر]^(٥) ألف درهم^(٦).

فدليلنا على أبى حنيفة حديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قوم الدية على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثنى عشر ألف درهم^(٧)، وقد روى ذلك مرفوعاً من طريق عمرو بن حزم على ما ذكره بعضهم^(٨)، ولأنه تقويم للذهب والورق فيما طريقه الحد والإتلاف فوجب أن يكون كل دينار باثنى عشر درهماً، أصله: القطع فى السرقة.

ودليلنا على الشافعى أن عمر رضى الله عنه قوم الدية على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثنى عشر ألف درهم وذلك بحضرة المهاجرين والأنصار وقد روى (١) أخرجه النسائى فى القسامة (٥٢/٨) باب (ذكر حديث عمرو بن حزم فى العقول واختلاف الناقلين له)، ومالك فى الموطأ فى العقول (٨٤٩/٢) ح (١).
(٢) ذكره ابن المنذر. انظر الإجماع (ص ١١٦)، انظر الإشراف لابن المنذر (٨٨/٣)، انظر المغنى لموفق الدين بن قدامة (٤٨١/٩).
(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٤) ذكره الشيخ المرغينانى فى الهداية، انظر الهداية (٥٢٣/٤، ٣)، انظر الاختيار للموصلى (٩١/٤).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٦) قال الإمام النووى: هذا هو القول الجديد والأظهر للشافعى والقديم: يجب ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم، وفى وجه مخرج على القديم عشرة آلاف درهم والاعتبار بالدرهم والدنانير المضروبة الخالصة. انظر روضة الطالبين (٢٦١/٩)، انظر مغنى المحتاج للخطيب الشيرينى (٥٦/٤).

(٧) أخرجه أبو داود فى الديات (١٨٢-١٨٣) ح (٤٥٤٢)، ومالك فى الموطأ فى العقول (٨٥٠/٢) ح (٢)، وانظر نصب الراية للحافظ الزيلعى (٣٦٢/٤).
(٨) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٣٨/٨) ح (١٦١٧٩).

مرفوعاً، ولأنه نوع مال يجوز إخراجه في الدية فكان أصلاً بنفسه كالإبل، ولأن الدية معنى جعلته الإبل فيها أصلاً وكان الذهب والورق فيها أصلاً كالزكاة.

وإنما قلنا: لا يؤخذ مما سوى هذه الأصناف خلافاً لأبي يوسف ومحمد في قولهما: يؤخذ من أهل البقر مائتا بقرة، ومن أهل الغنم ألف شاة، ومن أهل الحلل مائتا حلة يمانية^(١)، لما روى أنه ﷺ قضى في النفس بمائة من الإبل^(٢)، وهذا يوجب بعين ما يخرج فيه، ولأن الصحابة قوّمت الإبل بألف دينار وأثنى عشر ألف درهم فسلمناه للإجماع، ولم يقومه بغير هذين النوعين، ولأنه نوع من العروض فأشبهه العبيد والعقار.

وإنما قلنا: إن دية الخطأ أخماساً خلافاً لأبي حنيفة في تفسير الأخماس وجعله مكان بنى لبون بنى مخاض^(٣)، لما روى سليمان بن يسار أن النبي ﷺ أوجب في دية الخطأ أخماساً: فذكر عشرين بنى لبون^(٤)، ولأنه أنقص من بنات مخاض كالفصلان.

وإنما قلنا: إن دية العمد المحض أربعاً، خلافاً للشافعي في قوله: أثلاثاً كالملغظة^(٥)، لقوله ﷺ: «وفى النفس مائة من الإبل»^(٦) وظاهره لا يفيد أقل ما يتناول الاسم، ولأنه أحد نوعي القتل معتبر بنفسه لا بغيره فلم يجب في ديته الحوامل كالخطأ ولا يلزم عليه شبه العمد لأنه مشبه بغيره.

وإنما قلنا في دية التغليظ: إنها ثلاثون حقّة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه للخبر

(١) ذكره الشيخ الموصلي. وقال: وقالوا تجب من البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألف شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان إزار ورداء. انظر الاختيار للموصلي (٩١/٤)، انظر بدائع الصنائع للكاساني (٢٥٣/٧). وروى مثل هذا القول عن عمر والحسن البصري وقال عطاء والزهرى وقتادة كما روى عن عمر غير أنهم لم يذكروا الحلل وهو قول ابن أبي ليلى والثوري وطائفة وهو مذهب أحمد بن حنبل، انظر الإشراف لابن المنذر (٨٩/٣)، انظر المغنى لموفق الدين (٤٨١/٩).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ذكره الشيخ الموصلي، انظر الاختيار (٩١/٤)، انظر بدائع الصنائع للكاساني (٢٥٤/٧).

(٤) أخرجه أبو داود في الديات (١٨٥/٤) ح (٤٥٥٢)، والترمذي في الديات (١٠/٤) ح (١٣٨٦)، والنسائي في القسامة (٣٩/٨) (باب ذكر أسنان دية الخطأ)، وابن ماجه في الديات (٨٧٩/٢) ح (٢٦٣١) وأحمد في المسند (٥٨٣/١) ح (٤٣٠٢).

(٥) ذكره في الأم، انظر الأم (٩٨/٦)، انظر روضة الطالبين للنووي (٢٥٦/٩).

(٦) تقدم تخريجه.

الذى روى فى التغليظ^(١)، وكذلك فى حديث عمر بن الخطاب: أنه أخذ الدية فى قصة المدجلى الذى خذف ابنه مغلظة ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعون خلفه ودفعها إلى أخى المقتول^(٢).

فصل

ووجه قوله: لا تغلظ على أهل الذهب والورق أن التغليظ ابتداء إثبات دية فلا يثبت إلا بسمع ولم يرد سمع إلا فى الإبل، ولأن الصحابة لم تقوم دية التغليظ على أهل الذهب والورق وقومت دية العمدة والخطأ، ولأن التغليظ فى الإبل بالسن وهذا لا يتصور إلا فى الإبل.

ووجه إثباتها أنه نوع يؤخذ فى الدية فجار أن يلحقه التغليظ كالإبل، ولأنه نوع من القتل فوجب أن يلزمه دية أهل الذهب والورق بصفتها كالإبل، أصله: دم الخطأ. ووجه قوله فى صفة التغليظ أنه بقيمة الإبل المغلظة أنه نقل دية إلى دية فوجب أن يكون بقيمة المنقولة، أصله: دية الخطأ، ووجه قوله الآخر أن الألف دينار^(٣) لما عدلت للمائة من الإبل فى الخطأ وجب أن يكون القدر الزائد على دية الخطأ هو الزائد عليه فى الذهب.

فصل

وتغلظ فى الجراح كما تغلظ فى القتل^(٤)، وصفة ذلك أن ينظر الواجب فى الجرح من الدية: فإن كان نصفها أو ثلثها أو عشرها فتدفع إلى المجروح على صفة التغليظ فى الأصل، مثل أن يقطع أصبعه ففيها عشر الدية فيدفع إليه ثلاث حقائق وثلاث جذاع وأربع خوالف.

ما لا قود فى عمده المحض من الجراح لا تغليظ فيه نص عليه عبد الملك، وذلك لأن التغليظ فى الدية هو عوض عند سقوط القود فإذا كان القود غير واجب فلا وجه للتغليظ، واختلف فيما يلزم بقتل الأب الذى لا يجب به قود من دية التغليظ على من يجب: فقال ابن القاسم تكون فى مال الأب حالة، وقال أشهب [وعبد الملك]^(٥) تحملها

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ثبت فى الأصل الدينار ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٤) ذكره فى المدونة. انظر المدونة (٤٣٣/٤)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٢٦٧).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

العاقلة حالة^(١)، فلا بن القاسم أنها وجبت فى غير خطأ لم تحملها العاقلة كالعمد المحض، [ولغيره أنها دية عن عمد فلا قود فيه، وإذا قلنا: إنها على القاتل حالة فلأن كل دية لزمت الجانى فى ماله فإنها حالة كالعمد]^(٢)، وإذا قلنا: إنها على العاقلة حالة فإنها لما تغلّظت بالسن والصفة تغلّظتها أيضاً بالحلول، ولأن صفتها أغلظ من الخطأ.

فصل

لا تحمل العاقلة إلا دية الخطأ المحض، ولا تحمل دية عمد ولا اعتراكاً ولا صلحاً، والأصل فيه أن كل جنابة فإن بدلها يستوفى من الجانى، وأما الخطأ فإن العاقلة حملت ديته تخفيفاً عن الجانى ومواساة له لأنه لم يكن منه ما يوجب القود، والعمد طريقه التغليظ، وأما الاعتراف فإنه إقرار على الغير فلا يلزم العاقلة شيء منه، وكذلك الصلح هو ابتداء التزام شيء فلا يجب على العاقلة.

فصل

إذا أقر بقتل خطأ ففيها ثلاث روايات^(٣): إحداها: أنه لا شيء عليه ولا على عاقلته لأن دية الخطأ لا تلزم المخطئ وإنما تلزم العاقلة فكأنه مقرر على غيره فلم يلزم شيء العاقلة بإقراره، والثانية: أن إقراره لو^(٤) يقسم معه الأولياء لأنه سبب تقوى دعواهم إذ لا يتهم فيه، والثالثة: أن الدية تلزمه فى ماله لأنه اعتراف بالجنابة وادعى أنها على وجه تلزم غيره فقبل منه اعترافه بها ولم يقبل منه ما يلزم غيره بإقراره، وهذا هو الصحيح.

(١) ذكرهما فى الرسالة، وهناك وجه ثالث: أنها تكون على القاتل أباً أو غيره فى ذمته فإن كان له مال أخذ منه وإلا انتظر يسره، انظر شرح الرسالة مع حاشية العدوى (٢/٢٧٤)، انظر الشمر الدانى (ص ٥٧٦).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٣) ذكرها ابن عبد البر فى الكافى أقولاً، وذكر قولاً رابعاً: هو أن الدية تقضى عليه وعلى عاقلته فما أصابه غرمه وما أصاب العاقلة سقط عنها. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١١٠٧).

(٤) قال الشيخ ابن عرفة الدسوقي: اللوث هو الأمر الذى ليس بالقوى. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاص (٢/٦٢٩).

فصل

وتحمل العاقلة ثلث الدية فصاعداً ولا تحمل ما دونه، خلافاً للشافعي^(١)، لما رواه ربيعة أن النبي ﷺ عاقل بين قريش والأنصار فجعل على العاقلة ثلث الدية فصاعداً^(٢)، ولأنه حمل العاقلة لذلك على وجه التخفيف عن الجاني والمواساة خيفة أن يجحف الأداء به، وهذا إنما يكون في الكثير دون القليل.

فصل

اختلف في الثلث الذي يعتبر فيه: فروى أشهب أن الاعتبار بثلث دية المجروح خاصة، وروى ابن القاسم أنه إذا بلغ ثلث دية المجروح أو الجاني حملته العاقلة^(٣)، فوجه الأول أن الاعتبار فيما يلزم الجاني بدية المجنى عليه لا بالجاني، كما لو قتلت امرأة رجلاً لزم بقتلها دية رجل، ووجه الثانية أن ثلث الدية يتعلق به حمل العاقلة، أصله: ثلث دية المجروح.

لا تحمل العاقلة من قتل نفسه عمداً ولا خطأ، خلافاً لمن حكى عنه أنه تحمل عن الخطأ^(٤)، لأنها جناية منه على نفسه كالجناية على ماله أو العمد، ولأن العاقلة تحمل عنه ما يحصل لغيره عليه تخفيفاً عنه، ولا يتصور أن يجب للإنسان شيء على نفسه أو على غيره بجنائه عليها.

فصل

وتنجم الدية على العاقلة في ثلاث سنين، لما روى أن عمر وعلياً قضيا بالدية على

(١) هذا أحد قولي الشافعي والقول الثاني: أن ما دون الثلث لا يضرب لأنه لا يعظم إجحافه بالجاني. انظر روضة الطالبين (٣٥٨/٩).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٨٩/٨) ح (١٦٣٨٤)، كذا رواه أيوب والمحفوظ أنه من قول سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار.

(٣) ذكره في شرح رسالة أبي زيد القيرواني للإمام أبي الحسن. انظر حاشية العدوي على شرح الرسالة (٢٨٠/٢).

(٤) وهذا قول الأوزاعي ورواية عن أحمد وإسحاق. وقال الثوري في رجل وجد في بيته مقتولاً قال: تضمن عاقلته دية. انظر الإشراف لابن المنذر (١٣١/٣)، انظر المغنى لموفق الدين (٥٠٩/٩).

العاقلة فى ثلاث سنين^(١)، ولم يخالف عليهما أحد^(٢)، ولأن العاقلة تحملها مواساة للجانى فيجب أن يخفف عنها وكانت فى الأصل من الإبل وقد تكن وقت الوجوب حوامل فلا يجوز أن يكلفوا إذا حوامل، وفى الثانية لو ابن فوجب أن يؤجلوا ثلاث سنين ليجمع لهم ما يشتري به السن المؤقتة.

فصل

واختلف فى البعض فعنه فى ذلك روايتان: إحداهما: أنه تؤخذ حالة ولا تنجم إلا الدية الكاملة، وجهها اعتبارها بما دون الثلث، والأخرى: أنه تنجم لأنه أرش جناية خطأ بلغ الثلث فأشبهه الكاملة، وفى كيفية التجنيم روايتان: إحداهما: النصف فى سنتين لأنه أقرب إلى التخفيف، وليست كامل وضع الحوامل، والثلث فى سنة اعتباراً بتقسيط البعض على الجملة والثلثان فى سنتين، والأخرى أنه يجتهد فيها على ما يرى^(٣).

فصل

ولا تحمل النساء ولا الصبيان لأنها على العصبية الذين إليهم القيام بالدم والميراث والنصرة وليس لأموالهم حق، ولا لما يؤخذ من آحادهم حد وإنما هو على الاجتهاد فمن لا قبيلة له عقل عنه المسلمون من بيت المال، ومن كانت نائية عن موضعه عقل عنه أقرب الناس إلى قبيلته، وتحمل جناية المرأة عصبتها وليس على ابنها شيء إلا أن يكون أبوه من عصبتها، وقد قيل يحمل وإن كان أبوه أجنبياً لأن البنوة عصبية بنفسها كالميراث والنكاح.

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٩٠/٨) ح (١٦٣٩٠).

(٢) قال ابن قدامة: وجدنا عوام أهل العلم قد قالوا كما روى عن عمر رضى الله عنه وقال: وهو قول الشعبي والنخعى وقتادة وأبى هاشم وعبيد الله بن عمر ومالك بن أنس والشافعى وإسحاق وأبى ثور. انظر الإشراف لابن المنذر (١٢٩/٣)، انظر المغنى لموفق الدين (٤٩٣/٩).

(٣) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (١١٠٦/٢)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٢٨٥/٤).

باب : من الديات

وفى العينين الدية، وفى اليدين الدية، وفى الرجلين الدية لورود النص بذلك، وفى حديث عمرو بن حزم: «وفى اليد خمسون وفى الرجل خمسون وفى العين خمسون»^(١)، ولأن كل عضو فيه جنس منفعة كاملة وجمال ظاهر فإن الدية تجب بإتلافه ومنافع هذه الأعضاء ظاهرة مقصودة [كاملة]^(٢) وهى قوام البدن وعماد منفعته فباليدين البطش والتصرف والتمكن من الصناعات، والرجلان مشاركتان لليدين فى النفع وإن انفردتا بنوع يخصهما من المشى والعدو والسفر ونفعهما لا خفاء به، والعينان منفعتهما أيضاً كاملة وجمالهما ظاهر ولهما فى النفع مزية على سائر الأعضاء لأن بمنفعة البصر يتمكن من جميع ما ذكرناه من التقلب فى المعاش والتصرف والاحتيا، وفى الشفتين الدية لأن نفعهما كامل وجمالهما ظاهر.

فصل

وفى ثديى المرأة الدية^(٣) لأن منفعتهما مقصودة وهى الإرضاع وجمالهما ظاهر لأنهما من المحاسن المطلوبة، والدية فى ذهابهما أو بعضهما معتبرة بإبطال مخرج اللبن، وفى ثديى الرجل الاجتهاد^(٤) لأنه ليس فيهما نفع ظاهر ولا جمال بين.

فصل

وفى الحاجبين حكومة لأنهما زينة فقط بلا منفعة، وكذلك فى سائر الشعر كأهداب العين واللحية لأن الدية لا تتعلق بالجمال المنفرد عن المنفعة، وفى أشراق الأذنين^(٥)

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٣) ذكره فى المدونة. انظر المدونة (٤٣٧/٤)، انظر الكافى لابن عبد البر (١١١٢/٢)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٢٧٣/٤).

(٤) قال ابن عرفة فيه حكومة. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٢٧٣/٤)، وانظر حاشية العدوى على الرسالة (٢٧٧/٢).

(٥) يقال: شرقت الشاة شرقاً شق أذنهما. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٢٤٩/٣).

روايتان^(١): إحداهما الدية، والأخرى الاجتهاد، فوجه إيجاب الدية ما روى «وفى الأذن خمسون»^(٢)، ولأنهما عضوان منهما اثنان في البدن كاليدين، ووجه الحكومة أن نفعهما غير كامل لأن السمع يقع بغيرهما وأكثر ما فيها مرسل الصوت إلى السمع، ولأن جمالهما غير ظاهر تغطيهما القلنسوة والعمامة كما قال أبو بكر رضى الله عنه.

فصل

وفى العقل الدية لأنه أشرف المنافع وأعلاها وما عداها من المنافع متعلق به لأن به يتمكن من التصرف فى المعاش والمصالح فكان أولى بوجوب الدية.

فصل

فى الأنف الدية إذا قطع مارنه^(٣)، لما روى فى الحديث «وفى الأنف إذا أوعب جدعاً الدية»^(٤) ولأنه عضو فيه نفع كامل وجمال ظاهر كالبصر وإن قطع بعضه ففيه من الدية بحسابه، وإن أذهب الشم وحده ففيه الدية لأنها منفعة مقصودة كالسمع والبصر، وكذلك إن قطع الأنف وبقي الشم ففيه الدية، وإن ذهب معاً فى ضربة ففيهما دية واحدة لأن أحدهما من الآخر، وقال بعض شيوخنا القياس أن تكون فيهما ديتان قال: لأن كل واحد إذا انفرد بالذهاب كانت فيه فباجتماعهما لا تسقط.

فصل

وفى السمع إذا ذهب الدية، فكذلك البصر لعظم منفعتهما، فإن ذهب^(٥) من إحدى الجهتين ففيها نصف الدية أعنى أن البصر إذا ذهب فى إحدى العينين [ففيه نصف الدية]^(٦)، والسمع إذا ذهب من إحدى الجهتين ففيه نصف الدية، وإن ضربه فأذهب

(١) ذكرهما ابن عبد البر وقال: روى عنه فيهما الدية وروى عنه أنه ليس فيهما إلا حكومة وقال ابن القاسم: ليس فيهما إلا دية واحدة، وقال غيره قياس قول مالك أن تكون فيهما ديتان. انظر الكافي لابن عبد البر (١١١١/٢).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) قال الفيروزآبادى: المارن الأنف أو طرفه أو ما لأن منه. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٢٧١/٤).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ثبت فى: ب (ذهبا).

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

سمعه وبقي أذناه ففى ذهاب السمع الدية، وإن قطع أذنيه وبقي السمع ففيها الدية، وإن ذهباً [فى ضربة واحدة]^(١) ففيهما الدية، وقال شيخنا الذى حكينا عنه القياس أن تكون فيها ديتان أو دية وحكومة على حسب اختلاف قوله فى الأذنين، ووجه ذلك ما ذكرناه فى ذهاب الشم والأنف.

فصل

وفى الصلب^(٢) إذا كسر الدية^(٣)، لأنه يذهب به منفعة جليلة مقصودة يتمكن معها من التقلب فى الصنائع والتصرف فى المعاش فذهابه زمانة كقطع الرجلين، وذلك إذا آل إلى القعد، فأما إن قدر على القيام والمشى على قصر ففيه الاجتهاد بحسابه من الدية إن عرف قدر النقص.

فصل

وإذا قطع من اللسان ما منع الكلام ففيه الدية، وإن ذهب بعضه ففيه الدية بحسابه، لما روى فى ذلك مرفوعاً^(٤)، ولأن فيه منفعة كاملة مقصودة وجمالاً ظاهراً لأن ضده الخرس الذى يتعذر معه التصرف فى المعاش وغيره إلا على كلفة ومشقة، وفى ذهاب البعض بحسابه اعتباراً بذهاب المنافع التى تجب بذهابها الدية من السمع والبصر وغيرهما.

فصل

وفى الذكر الدية لما روى فى الحديث، وكذلك الأنثيين فإن قطعاً معاً ففيهما ديتان^(٥)،

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) قال الفيروزآبادى: الصلب بالضم والتحريك عظم من لدن الكاهل إلى العجب. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٩٣/١) وقال الشيخ العدوى: الصلب أى: الظهر. انظر حاشية العدوى على الرسالة (٢٧٦/٢).

(٣) قال ابن عبد البر: وفى الظهر يقسم الدية كاملة. انظر الكافى لابن عبد البر (١١١١/٢)، انظر حاشية العدوى على الرسالة (٢٧٦/٢).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ذكره فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (١١١١/٢)، انظر حاشية العدوى (٢٧٦/٢)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٧٣/٤).

وإن قطع أحدهما بعد الآخر فى ضربة واحدة ففيها روايتان: إحداهما أن فيهما ديتين، والأخرى أن فى الأولى دية وفى الثانية حكومة^(١).

وإنما قلنا: إن فيهما ديتين للجمال بهما والمنفعة الكاملة المقصودة، ووجه القول بأن فيهما ديتين، وإن قطع أحدهما بعد الآخر فى فور واحد قوله «وفى الذكر الدية»^(٢) ولم يفرق، ولأن الفور الواحد يجرى مجرى القطع الواحد وأنه لم يسبق أحدهما الآخر، ووجه القول أن فى الثانية حكومة أن التأخر منهما لا منفعة فيه بعد ذهاب الأول فأشبه أن يقطع بعد اندمال الأول.

فصل

وأقل ما يتعلق به الدية من قطع الذكر ذهاب الحشفة لأن المنفعة المقصودة بها تتعلق من اللذة وغيرها، وفى قطع بعضها بحسابها، وما قطع بعد ذلك فبحسابه.

فصل

وفى عين الأعور الدية كاملة، خلافاً لأبى حنيفة^(٣) والشافعى فى قولهما: إن فيها نصف الدية^(٤)، لأن فى ذلك إجماع الصحابة روى عن عمر وعثمان وعلى وابن عمر^(٥) رضى الله عنهم، ولا مخالف لهم، ولأن الدية تجب بذهاب المنفعة أو بذهاب العضو لأن من ضرب يد رجل فأشلها لزمته الدية، وكذلك لو قطعها فوجدنا منفعة البصر تكمل لدى العين الواحدة إذ يدرك بها مثل ما يدركه ذو العينين أو قريباً منه، فإذا أتلّف عليه فقد أتلّف جميع منفعة البصر فكان كمتلف العينين.

(١) وهو قول عبد الملك فيما إذا قطعت الأثنين بعد الذكر. انظر الكافى لابن عبد البر (١١١/٢).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) كذا ذكره فى الفتاوى الهندية، وفى الاختيار قال الشيخ الموصلى: فيها حكومة عدل. انظر الفتاوى الهندية (٢٥/٦)، انظر الاختيار للموصلى (٩٧/٤).

(٤) انظر الأم للشافعى (١٠٨/٦)، انظر روضة الطالبين (٢٧٢/٩) وهو رواية عن أحمد بن حنبل. انظر المغنى لموفق الدين (٤٣٢/٩).

(٥) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٦٤/٨) ح (١٦٢٩١).

فصل

وفى السن خمس من الإبل، لورود الخبر بذلك^(١)، ومقدم الفم والأضراس لوقوع الاسم على الجميع، وإذا ضربت السن فاسودت ففيها العقل للذهاب منفعتها، ثم إذا طرحت بعد ذلك ففيها عقلها أيضاً للذهاب الجمال بها كالأنف يضرب فيذهب الشم ففيه الدية، ثم إذا قطع بعد ذلك ففيه دية أخرى للذهاب الجمال به.

فصل

وإنما قلنا فى الموضحة نصف العشر لقوله ﷺ: «وفى الموضحة خمس من الإبل»^(٢)، ولا خلاف فى ذلك^(٣)، فإن برئت على شين^(٤)، فقال مالك: يزداد فيها بقدره^(٥) لأنه نقص حدث عن جناية كما لو كانت فى الجسد، وقال أشهب: لا يزداد بها شيء، ووجه ذلك قوله: «فى الموضحة خمس من الإبل»^(٦)، ولم يوجب زيادة عليه، ولأن المقدار إذا وجب فيها لم يكن بعد ذلك حكماً. وإنما قلنا: إن فى المنقلة عشر ونصف عشر الدية لقوله ﷺ: «وفى المنقلة خمس عشر فريضة»^(٧) ولا خلاف فى ذلك^(٨).

[وإنما قلنا: إن فى المأمومة ثلث الدية وكذلك فى الجائفة لأن ذلك مروي فى الحديث ولا خلاف فيه]^(٩) وإنما قلنا: إن فيما دون الموضحة الاجتهاد وكذلك جراح الجسد

(٤) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) قال ابن المنذر: أجمعوا على أن فى الموضحة خمساً من الإبل. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١٦)، انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ٩٦، ٩٥)، انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ٦٤٠).

(٤) قال الفيروزآبادى: شانه يشينه ضد راته، والمشايين: المعاييب. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٢٤١/ ٤).

(٥) انظر المدونة (٤/ ٤٣٤)، وذكره ابن عبد البر. انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ١١١٥)، وقال الشيخ ابن عرفة الدسوقي: هو مشهور المذهب. انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٢٧١)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٢٧٩).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) ذكره ابن المنذر وقال: وأجمعوا على أن فى المنقلة خمس عشرة من الإبل. انظر الإجماع (ص ١١٧)، انظر الإشراف (٣/ ٩٧)، انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ٦٤٦).

(٩) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

والهاشمة لأن مقادير العقل لا تؤخذ بالقياس وليس في ذلك شرع بتقدير فلم يبق إلا الاجتهاد، ومعنى الحكومة والاجتهاد واحد وهو أن يقوم المجنى عليه لو كان عبداً كم يساوى سليماً لا جراح فيه [فيقال مائة دينار]^(١) ثم يُقوّم وبه الجراح فيقال ثمانين ديناراً فيعلم أن الجناية قد نقصت خمس قيمته فيجعل ذلك جزءاً من ديته فيلزم الجاني خمس دية المجروح.

فصل

عقل ما لا قود فيه من الجراح كالمأمومة والجائفة فيه ثلاث روايات: إحداها: أنه على العاقلة، والأخرى: أنه في مال الجاني، والثالثة: أنه يبدأ بمال الجاني فإن كان فيه وفاء وإلا كان الباقي على العاقلة^(٢)، فوجه الأولى: أنها جناية استحق المال بها بنفسها لمنع القود فيها فحملتها العاقلة، أصله: الخطأ، ووجه الثانية: جناية عمد فلم تحملها العاقلة كالذي يجب فيه القود، ووجه الثالثة: أن هذا الجرح قد أخذ شبهاً من العمد وشبهاً من الخطأ ووجدنا شبهه بالعمد أكثر فوجب أن يبدأ بمال الجاني كما يفعل في دية العمد فإن وفي وإلا تم من العاقلة لشبهه بالخطأ في منع أخذ القود.

فصل

وفي كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر من الإبل^(٣)، لقوله ﷺ: «وفي كل أصبع [عما هنالك]^(٤) عشر من الإبل^(٥)»، ولأن في اليد الواحدة والرجل الواحدة خمسون من الإبل والدية تجب فيها بذهاب الأصابع فيجب أن يكون في كل أصبع عشرة، وفي كل أتملة ثلاثة أباعر وثلاث لأن الأتملة ثلثها ففيها ثلث ديتها إلا في الإبهام ففي كل أتملة منهما خمس لأنهما أتملتان فالأتملة منهما نصفها^(٦).

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) ذكرها ابن عبد البر في الكافي. انظر الكافي (١١٠٧/٢).

(٣) ذكره ابن عبد البر في الكافي. انظر الكافي لابن عبد البر (١١١٣/٢)، انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٧٨/٤).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) انظر الموطأ (٨٦٠/٢) انظر الكافي لابن عبد البر (١١١٣/٢)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٧٨/٤).

باب

ودية المرأة على النصف من دية الرجل لقوله ﷺ: «دية المرأة على نصف من دية الرجل»^(١)، وأما دية جراحها فلإنها تساوى الرجل فيما دون ثلث الدية، ويرجع إلى حساب ديتها فيما زاد على ذلك وإذا قطع لها أصبع أو أصبعان أو ثلاثة أخذت ثلاثين من الإبل فإن قطع بها أربع أصابع أخذت عشرين بحساب ديتها.

وإنما قلنا ذلك خلافاً لأبى حنيفة^(٢) والشافعى^(٣)، لأنه إجماع أهل المدينة نقلاً، وقد أغلظ سعيد بن المسيب لربيعة [بن أبى عبد الرحمن]^(٤) لما سأله عن ذلك وحاجه من طريق المقايسة وقال: أعراقى أنت لما قال له: أحين عظمت مصيبتها واشتد جراحها قل عقلها فقال هى السنة^(٥)، ولأن كل إتلاف كان موجهه أقل من ثلث الدية فلإن الأنثى تساوى الذكر فيه، أصله: دية الجنين.

فصل

دية الكتابى نصف دية المسلم، خلافاً لأبى حنيفة فى قوله: مثل دية المسلم^(٦)، وللشافعى فى قوله: ثلث دية المسلم^(٧)، فدليلنا على أبى حنيفة أن الديات موضوعة على

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٦٦/٨) ح (١٦٣٠٥)، انظر تلخيص الحبير للحافظ ابن حجر (٢٨/٤) ح (١٣).

(٢) حيث يقول بأن ديتها فى الجراح أيضاً النصف. انظر الهداية للمرغينانى (٥٢٣/٤، ٣)، مرد الأحكام لملاخسروا (١٠٣/٢)، انظر الاختيار للموصلى (٩٢/٤).

(٣) انظر الام (٩٢/٦) وهو قول الشافعى فى الجديد. أما القديم فكقول الإمام مالك فى أنها تساوى الرجل فى الأطراف إلى ثلث الدية فإذا زاد الواجب على الثلث صارت على النصف. انظر روضة الطالبين (٢٥٧/٩)، انظر المهذب للشيرازى (١٩٧/٢)، انظر مغنى المحتاج (٥٧، ٥٦/٤).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ، ب).

(٥) انظر الموطأ (٨٦٠/٢).

(٦) انظر الهداية للمرغينانى (٥٢٤/٤، ٣)، انظر الاختيار للموصلى (٩٢/٤)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٢٥٤/٧).

(٧) انظر الام للشافعى (٩٢/٦)، انظر روضة الطالبين للنووى (٢٥٨/٩).

التفاضل في الحرم ألا ترى أن النساء لما انخفضت حرمتهم عن حرمة الرجال نقصت دياتهن عن ديات الرجال فالكافر أخفض حرمة من المسلم للنقص المانع من قول شهادته وموارثته وإنكاحه للمسلمات والإسهام له في الغنيمة وغير ذلك، فكذا يجب أن ينقص عنه في الدية ولأنها بدل عن النفس فكان الكفر مؤثراً في نقصانها كالقصاص، ودليلنا على الشافعي أن كل نوع نقصت ديته عن دية المسلم الذكر إلى جزء منه فإن ذلك الجزء هو النصف، أصله: دية المرأة المسلمة، ولأنه جزء تنقص الدية إليه فلم يجز أن يكون دون النصف اعتباراً بالربع.

فصل

دية المجوسى ثمان مائة درهم، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنها مثل دية المسلم^(١)، لأن عمر بن الخطاب حكم بذلك بحضرة الصحابة ولم ينكر عليه أحد وكان يكتب إلى عماله بذلك بحضرة المهاجرين والأنصار^(٢)، ولأن كل جنس لا يؤكل ذبيحته ولا تنكح نساؤه فلا يجب بإتلافه ما يجب بإتلاف المسلم، أصله: الوثني المرتد، ولأننا قد بينا أن نقصان الحرم بالأديان يؤثر في نقصان الدية فلما كان الكتابي أخفض دية من المسلم نقصت ديته عن دية كذلك المجوسى لما نقصت حرمة عن حرمة الكتابي وجب أن تنقص ديته، وديات نساء أهل الكتاب والمجوس في نفوسهم وجراحهم على حساب ديات نساء المسلمين من رجالهم.

فصل

وفي قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنه لا يبلغ به دية الحر^(٣)، لأنه مملوك فوجب أن يضمن في إتلافه بكمال قيمته كالبهائم والسلع، ولأنه نسب يضمن به العبد فوجب أن يضمن بكمال قيمته، أصله: اليد والعين.

(١) انظر الهداية (٥٢٤/٤، ٣)، انظر بدائع الصنائع للكاساني (٢٥٤/٧)، انظر غرر الأحكام لمنلا خسروا (١٠٤/٢).

(٢) أخرجه البيهقي في الديات (١٧٦/٨) ح (١٦٣٤٠)، وذكره الحافظ ابن حجر وقال: فيه ابن لهيعة وهو ضعيف، انظر تلخيص الحبير (٤٠/٤) ح (٦٨).

(٣) ذكره الشيخ الموصلى في الاختيار. وقال: وقال أبو يوسف: تجب قيمته بالغة ما بلغت. انظر الاختيار للموصلى (١١٣/٤)، انظر الهداية (٥٥٧/٤، ٣).

فصل

فى كل جناية على العبد فيما دون النفس ما نقص عن قيمته إلا فى الشجاج الأربع الموضحة والمنقولة والمأمومة والجائفة ففى كل واحدة من هذه بقيمته بقدر ما فى الحر من ديته، ففى موضحة العبد نصف عشر قيمته وفى منقلته عشر ونصف عشر قيمته، وفى مأمومته ثلث قيمته، وكذلك للجائفة، وقال الشافعى: فى كل جناياته مثل ما فى جنايات الحر من ديته^(١).

وإنما قلنا ذلك لأنها جناية على مملوك أتلّف جزءاً منه وأثرت نقصاً فيه فوجب أن يكون فيها [بقدر]^(٢) ما نقص من قيمتها، أصله: البهائم، فأما الشجاج الأربع فلإنما قلنا إن فيها بقدر ما فى الحر من ديته لأنها قد تبرأ على غير نقص فلو لم يجعل فيها بقدر ما فى دية الحر من قيمة العبد لادى ذلك إلى بطلانها لأنه ليس هنالك نقص من القيمة يرجع إليه وسائر الجراح بخلافها لأنها تؤثر نقصاً لا محالة.

فصل

ولا تحمل العاقلة قيمة العبد إذا قتل [خطأ]^(٣) خلافاً للشافعى^(٤)، ولأنها إتلاف مال فلم تحمله العاقلة كالبهائم.

فصل

فى ذكر الخصى الاجتهاد خلافاً للشافعى^(٥)، لأن منفعته ناقصة لأنه لا ينزل ووطؤه (١) انظر الأم للشافعى (٩٠/٦). وقال الإمام النووى: إن كانت الجناية مما يوجب فى الحر بدلاً مقدراً فقولان أظهرهما وهو الجديد: أن الواجب فيها جزء من القيمة. والثانى: الواجب ما نقص من قيمته. وإن كانت الجناية لا توجب مقدراً فى الحر فواجبها فى العبد ما نقص من القيمة بلا خلاف وعلى الأظهر فيكون فى يد العبد نصف قيمته وفى يديه قيمته وفى أصبعه عشرها وكذا. انظر روضة الطالبين (٣١٢، ٣١١/٩).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٤) حيث قال: وإن جنى عليه خطأ فقيمته على عاقلة الجانى. انظر الأم للشافعى (٢٣/٦). وقال الشيخ الخطيب الشربيني هو قول الشافعى الجديد وهو الأظهر، والقديم أنها على الجانى لأنه مضمون بالقيمة فأشبهه بهيمة. انظر مغنى المحتاج (٩٨/٤).

(٥) حيث قال: فيه الدية تامة. انظر الأم للشافعى (١٠٦/٦)، انظر روضة الطالبين (١٩٥/٩).

ناقص ولزوجته الخيار إذا تزوجته فلم يستحق به كمال الدية وكذلك فى اليد الشلاء لأن منفعتها معدومة وهى ميتة فلا يجب القصاص بها من الصحيحة، وكذلك العين القائمة.

فصل

إذا قتل عبد عبداً أو حرّاً فأولياء المقتول بالخيار إن شاءوا قتلوا لأن دمه مكافئ لدم العبد وناقص عن دم الحر، وإن شاءوا استرقوه لأن جنايته متعلقة برقبته فسيد القاتل بالخيار إن شاء افتكه بأرش الجناية وهى قيمة العبد المقتول أو دية الحر، وإن شاء أسلمه فصار ملكاً للمجنى عليه^(١).

وإنما قلنا: إنه مخير لأن سيد العبد المقتول قد أسقط حقه من القصاص إلى أخذ بدل عن جنايته وهو غير مستحق للرقبة بنفس الجناية دون إسلام السيد إياها، والذى وجب له الأرض فإذا بذل له فقد سقط حقه من الرقبة فإن افتكه سيده بالأرض عاد إلى ملكه كما كان قبل الجناية، وإن امتنع أن يفديه لزمه إسلام رقبته وصار ملكاً للمجنى عليه، وإنما قلنا ذلك لما قدمناه أن الجناية تعلق شئ برقبته وجعل لسيد افتكاكه ورده إلى ملكه فإذا لم يختّر ذلك فقد رضى بتركه.

وقال أصحاب الشافعى: يخير سيد العبد القاتل بين أن يفديه بالأرض أو يسلمه لبياع فيكون لسيد المقتول جميع ثمنه إن كان بإزاء الأرض، أو دونه وليس له شئ آخر إن كان الأرض أكثر من ثمنه، فإن زاد الثمن على الأرض كان له منه بقدر الأرض وكان الفاضل لسيد، وليس له أن يملك رقبته^(٢).

ودليلنا أن الجناية لا تخلو أن تكون متعلقة برقبة العبد أو بمال السيد: فإن كانت متعلقة بمال السيد وجب أن يؤخذ من سائر ما يملكه من العبد وغيره ولا يطل بتلف العبد كسائر الجنایات وذلك باطل، وإن كانت متعلقة برقبة العبد وجب أن يستحق الرقبة بدلاً من أرض الجناية لتعلقها به لأنه ليس معنى تعلقها بالرقبة أكثر من أن حق المجنى عليه قد انتقل إليها فكان له بأن يملكها، وإنما جعل للسيد إسقاطها عن الرقبة ببذل فإذا لم يفعل فقد اختار تسليمها.

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (١٠٩٦/٢)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٢٤١/٤).

(٢) انظر الأم للشافعى (٢٢/٦)، انظر مغنى المحتاج (١٠٠/٤).

فصل

السائق والقائد والراكب ضامنون بجناية الدابة^(١) لأن ذلك بتفريط منهم فى إمساكها أو حادث عن إثارتهن لها إلا أن يكون ما فعلته كان ابتداء لا صنع لهم فيه فلا شيء عليهم منه ويكون ذلك هدرًا لقوله ﷺ: «جرح العجماء جبار»^(٢) أى لا شيء فيه، وكذلك إذا كانت واقفة وحدها بحيث يجوز لصاحبها أن يقفها فأصابته إنسانًا فهو هدر لا شيء فيه.

فصل

وما تلف فى معدن أو بئر من غير فعل أحد فهو هدر^(٣) لقوله ﷺ: «البئر جبار والمعدن جبار»^(٤)، ولأن تلفه لا صنع لأحد فيه فكان هدرًا.

فصل

إذا جرح عدة جراحت نجب فيها عدة ديات فله جميع ذلك، لأن كل جراحة قائمة بنفسها لا يسقط ما يجب بها بمشاركة غيرها لها إلا أن تصير نفسًا فتجب الدية فيه ويسقط ما عداها وذلك إذا مات فى الحال.

(١) قال الإمام مالك فى الموطأ: القائد والسائق والراكب كلهم ضامنون لما أصابت الدابة إلا أن ترمح الدابة من غير أن يفعل بها شيء ترمح له. وقد قضى عمر بن الخطاب فى الذى أجرى فرسه بالعقل. انظر الموطأ (٨٦٩/٢)، انظر المدونة (٥٠٧/٤)، انظر حاشية العدوى على شرح الرسالة (٢٨٣/٢).

(٢) أخرجه البخارى فى الديات (٢٦٥/١٢) ح (٦٩١٢)، ومسلم فى الحدود (١٣٣٤/٣) ح (١٧١٠/٤٥).

(٣) انظر الموطأ (٨٦٩/٢)، انظر حاشية العدوى على شرح الرسالة (٢٨٣/٢).

(٤) أخرجه البخارى فى الزكاة (٤٢٦/٣) ح (١٤٩٩)، ومسلم فى الحدود (١٣٣٤/٣) ح (١٧١٠/٤٥).

باب

والحكم بالقسامة^(١) واجب، وصورتها: أن يوجد قتيل لا يعلم من قتله فيدعى أولياؤه الدم على رجل بعينه أو جماعة بأعيانهم ويكون معه لوث يقوى دعواهم، واللوث^(٢): أمانة يغلب معها عند الظن صدقهم، فيحلف الأولياء، على ما يدعونه ويجب لهم في العمد القود، والدية في الخطأ ونحن نبين تفصيل ذلك.

فصل

إذا ادعى قوم أن دم مقتول لا يعرف قتله عند رجل بعينه قتله عمداً، ولا بينة لهم على ذلك والمدعى عليه ينكر: فإن كان معهم لوث حلف أولياء الدم إن كانوا اثنين فصاعداً من العصابة خمسين يميناً تردد الأيمان على عدد رؤوسهم واستحقوا الدم فقتلوا أو عفوا واللوث هو أن يقول المقتول: دمي عند فلان عمداً إذا كان بالغاً مسلماً حراً عدلاً أو فاسقاً ذكراً كان أو أنثى، ومن اللوث الشاهد العدل [يشهد]^(٣) على رؤية القتل أو رؤية المدعى عليه بقرب المقتول عليه بيده سكين أو سيف وثيابه ملوث بالدم.

فأما الشاهد الواحد والجماعة غير العدول والنساء ففيهم روايتان: إحداهما: أن شهادتهم لوث^(٤)، والأخرى: أنها ليست بلوث، ومن أصحابنا من يجعل شهادة العبيد والصبيان لوثاً فإذا وجد اللوث بدئ بأولياء الدم على ما بيناه فحلفوا ولهم أن يستعينوا من عصابة الميت بمن يحلف معهم، وإن لم تكن له ولاية في الدم مثل أن يترك بنين

(١) القسامة في اللغة بالفتح: اليمين كالقسم بالله تعالى يقال: إنما سعى القسم قسماً لأنها تقسم على أولياء الدم ويقال: أقسم الرجل إذا حلف. انظر المطلع على أبواب المقنع لشمس الدين البعلبي (ص ٣٦٩)، انظر القاموس المحيط للفيروزآبادي (٤/١٦٤، ١٦٥).

وفى الاصطلاح: قال الشيخ ابن عرفة الدسوقي هي: حلف خمسين يميناً أو جزئها على إثبات الدم. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/٦٢٦).

(٢) قال الشيخ ابن عرفة الدسوقي: اللوث هو الأمر الذي ليس بالقوى. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/٦٢٩).

(٣) ثبت في (ب) شهير.

(٤) ذكره ابن عبد البر قولاً. وقال: وهو قول ضعيف لا يعمل به ولا يعرج عليه، انظر الكافي لابن عبد البر (٢/١١١٧).

وإخوة وعمومة فالولاية للبنين: فإن شاءوا حلفوا وإن شاءوا أدخلوا معهم إخوة الميت وعمومته فخففوا عنهم وحلفوا معهم، وإن كان ولى الدم واحداً لم يحلف وحده ولكن يستعين من عصبته من يحلف معه، وإن كان ولاية الدم خمسين حلف كل واحد يميناً واحداً، وإن زادوا على الخمسين ففيها روايتان^(١): إحداهما: يحلف منهم خمسون فقط، والأخرى: أنهم يحلفوا كلهم ويجبر كسر اليمين بإكمالها على من عليه أكثرها، وإذا نكل المستعان بهم من الأيمان لم يؤثر نكلهم وحلف أولياء الدم إن كانوا اثنين فصاعداً فإن نكل بعض ولاية الدم عن الأيمان وقد بقى اثنان أو أكثر ففيها روايتان^(٢):

إحداهما: أن للباقي أن يحلفوا ويأخذوا أنصبتهم من الدية، والأخرى أن الأيمان ترد على المدعى عليه فإن حلف سقطت الدعوى عنه، وأن نكل ففيها روايتان: إحداهما: [أنه يحبس إلى أن يحلف فإن طال حبسه خلى، والأخرى: أن الدية تلزمه فى ماله إذا أقسموا ثم عفا بعضهم سقط الدم وكان لمن لم يعف نصيبه من الدية، وهذا فى الولد والإخوة رواية واحدة، وفى غيرهم من العصابة روايتان:]^(٣) إحداهما: مثل هذا، والأخرى: أن من نكل منهم على الأيمان حلف الباقي واستحقوا الدم. ولم يقتل بالقسامة إلا واحد ويجلد الباقيون كل واحد منهم مائة [جلدة]^(٤) ويحبس عاماً.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (١١١٩/٢).

(٢) ذكرهما ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (١١١٩/٢). وقال الشيخ ابن عرفة الدسوقي: فى ذلك خمسة أقوال:

أحدها: أنها ترد الأيمان على العاقلة فيحلفون كلهم ولو كانوا عشرة آلاف والقاتل كواحد منهم ومن حلف لم يلزمه شيء ثم قال: وهذا القول أبين الأقاويل وأصحها فى النظر. والثانى: يحلف من العاقلة خمسون رجلاً كل واحد منهم يحلف يميناً فإن حلفوا برئت العاقلة من الدية كلها وإن حلف البعض برىء ولزم بقية العاقلة الدية كلها حتى يتموا خمسين يميناً وهو قول ابن القاسم.

والثالث: أنهم إن نكلوا فلا حق لهم أو نكل بعضهم فلا حق لمن نكل ولا يمين على العاقلة وهو قول ابن الماجشون.

والرابع: أن اليمين ترد على المدعى عليه وحده فإن حلف برىء وإن نكل غرم ولا يلزم العاقلة بنكوله شيء وهو رواية ابن وهب.

والخامس: أن الأيمان ترد على العاقلة فإن حلفت برئت وإن نكلت غرمت نصف الدية قاله ربيعة، انظر حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢٩٥/٤).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

وكذلك قاتل العمد إذا عفى عنه. وإذا ادعى ولادة القتل على جماعة اختاروا واحداً يقسمون عليه ويقتلونه.

وإذا اختلف ولادة الدم في صفة القتل: فقال بعضهم: [خطأ وقال بعضهم: عمداً أقسموا على القتل وكانت لهم الدية، فإن قال بعضهم^(١): عمداً وقال الآخرون: لا علم لنا بقتله لم يقسم أحد منهم، وإن قال بعضهم: خطأ، وقال الآخرون: لا علم لنا أقسم مدعو القتل وأخذوا حقوقهم من الدية^(٢)، وقال شيخنا أبو بكر: القياس ألا يقسموا، ولا قسامة في عبد ولا أمة ولا ذمي ولا في جراح ولا في من وجد قتيلاً في محلة قوم.

وإذا اقتتل قبيلتان فوجد بينهما قتيل ففيها روايتان: إحداهما: أن وجوده بينهما لوث يقسم معه الأولياء على من يدعون عليه قتله ويقتلونه، والأخرى أنه لا قسامة فيه، فإن كان من إحدى الفريقين فعقله على الأخرى، وإن كان من غيرهما فعقله عليهما^(٣)، ويجلب في القسامة إلى مكة والمدينة وبيت المقدس من كان من أعمالها دون ما زاد على ذلك، والقسامة في الخطأ واجبة لورثة المقتول من الرجال والنساء يحلف فيها الواحد وحده العصبة وغير العصبة والزوج والزوجة، والإيمان على قدر موارثهم ويجبر كسرهما على من عليه أكثرها، وإذا قال المقتول: قتلني فلان خطأ ففيها روايتان: إحداهما: أنه لوث والأخرى: أنه ليس بلوث.

فصل

وإنما قلنا: إن الحكم بالقسامة واجب لأن النبي ﷺ حكم بها^(٤) على ما سنبينه، ولأن في ترك الحكم بها إضاعة الدماء لأن من يريد قتل غيره إنما يتعمد به مواضع الخلوات^(٥) التي يأمن فيها من يراه بالغالب، فلو لم يحكم فيها باللوث لم يشأ من يريد قتل غيره ويأمن من أن يأخذ به إلا وفعل من غير تعذر عليه في الغالب، وقد روى أن القسامة

(١) ما بين المعكوفين مقطع من (ب).

(٢) ذكره ابن عبد البر في الكافي. انظر الكافي لابن عبد البر (١٢١/٢)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٨٩/٤).

(٣) ذكرهما الشيخ ابن عبد البر. انظر الكافي لابن عبد البر (١٢٢/٢).

(٤) أخرجه البخاري في الديات (٢٣٩/١٢) ح (٦٨٩٩)، ومسلم في القسامة (١٢٩٧/٣) ح (١٦٧١/١٢).

(٥) ثبت كفى (ب) الخلو.

كانت في الجاهلية فأقرها النبي ﷺ^(١)، وإنما قلنا: إن أولياء الدم يبدؤون باليمين خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن الأولياء لا يحلفون وإنما الأيمان على المدعى عليهم^(٢)، لقوله ﷺ: «لأنصار» أتخلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم قالوا: لم نحضر، قال: فتحلف لكم اليهود، فبدأ الأولياء بالأيمان فلما نكلوا عدل بها إلى المدعى عليهم^(٣) ولأن الأيمان في الأصول تجب على أقوى المتداعيين سبباً والأولياء قد قوى سببهم باللوث الذي يغلب معه على الظن صدقهم فيه فكانت اليمين في جنبهم.

وإنما قلنا إن أقل من يحلف اثنان لأن أيمان الأولياء أقيمت مع اللوث مقام البينة فلما لم يكف في البينة شهادة واحدة فكذا لا يكفي في الأيمان واحد، وكذلك روى في الحديث أنه ﷺ عرضها على الجماعة فقال: أتخلفون وتستحقون.

وإنما قلنا: إن الأيمان إلى العصابة في دعوى دم العمد لأنه ليس طريقها الميراث لأنها مستحقة بالنصرة والولاية كالنكاح فهو كذلك تعقل عن القاتل عصبته دون سائر ورثته، وإنما قلنا: إن الأيمان خمسون يميناً لقوله ﷺ: «لأنصار:» «يحلفون خمسين يميناً»^(٤)، ولا خلاف في ذلك، وإنما قلنا: إن الأيمان ترد عليهم لأننا لو أحلفنا كل واحد خمسين لكانت أيمان القسامة أكثر من خمسين ولم تكن مقدرة وذلك غير صحيح.

وإنما قلنا: إنها على عدد الرؤوس لأنه ليس طريقها الميراث فيستأوون في كل الأحكام، وإنما قلنا: إنهم يستحقون الدم إذا حلفوا خلافاً للشافعي في قوله: لا يستقاد بها الدم^(٥) وقوله ﷺ: «أتخلفون وتستحقون دم صاحبكم»^(٦)، وروى: «قاتلكم»^(٧)، وقوله «تقسمون خمسين يميناً على رجل منهم أدفعه إليكم برمته»^(٨) ولأنها حجة ثبت

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر الاختيار للموصلي (٤/١١٥)، انظر الهداية للمرغيناني (٣/٤٠٦٤).

(٣) أخرجه البخاري في الأحكام (١٣/١٩٦) ح (٧١٩٢)، ومسلم في القسامة (٣/١٢٩٤) ح (١٦٦٩).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) انظر الام للشافعي (٦/٧٨) وهو قول الشافعي القديم، أما الجديد فإنه يقاد بالقسامة. انظر روضة الطالبين (١٠/٢٣).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) تقدم تخريجه.

بها قتل العمد فوجب أن يستحق بها قتل من ثبت عليه كالشهود.

[وإنما قلنا: إنه لا بد من لوث يحلفون معه لأن الأيمان فى الأصل على المدعى عليهم لأنهم أقوى سبباً، ولأنهم يريثون فى الأصل فوجب اعتبار سبب تقوى له جنبه الأولياء ليتمكن نقل الأيمان إليهم دون مجرد الدعوى]^(١).

فصل

وإنما قلنا: إن قول المقتول فى العمد دمي عند فلان لوث خلافاً لأبى حنيفة^(٢) والشافعى^(٣)، لقوله تعالى: ﴿فَقُلْنَا اضْرِبُوهُ بِبَعْضِهَا﴾ [البقرة: ٢٧] والقصة معروفة فى الرجل الذى قتله ابن أخيه ورمى أهل القرية بقتله فأمر الله تعالى بذبح^(٤) بقرة وبضرب المقتول ببعضها فإنه يحى ويخبر بقاتله ففعلوا ذلك فحى المقتول وقال: قتلنى ابن أخى، فصار ذلك أصلاً فى قبول قول المقتول وتأثيره فى الحكم بدمه، ولأن اللوث سبب ينضم إلى دعوى أولياء المقتول يقوى به دعواهم، وحال الموت حال تقرب إلى الله تعالى وإقلاع عن المعاصى وتوبة من الذنوب هذا هو الظاهر من المسلمين والعادة فيهم فلا يتهمون فى الحال بتزويرهم عند ورودهم على الله، وقتل النفس المحرمة وسفك الدماء المحظورة، ولأنه ليس [أحد]^(٥) أعدى للإنسان من قاتله فلا يجوز أن يظن به دعوى الدم وغيره.

وإذا ثبتت هذه الجملة كان قوله: دمي عند فلان أمانة قوية فى صدقه، فكان للأولياء أن يحلفوا معه، وإنما شرطنا أن يكون بالغاً لأن الصبى لا حكم لقوله ولا يقتل بدعواه، وشرطنا أن يكون مسلماً لأن الذمى لا قسامة فيه على ما نبيته، وشرطنا أن يكون حراً لأن العبد مال والقسامة لا تكون فى مال ولم نشط أن يكون عدلاً ولا ذكراً لأن الأيمان لا يراعى فيها ذلك، ولأن الغالب من المسلمين عند الموت انتفاء التهمة وتحري الصدق.

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) انظر المبسوط للسرخسى قيد الطبع بتحقيقنا، وهو قول الثورى والأوزاعى وأحمد بن حنبل. انظر المغنى لموفق الدين (١٠/٢٣).

(٣) ذكره الإمام النووى فى الروضة. انظر روضة الطالبين (١٠/١١).

(٤) فى (ب، هـ) أن تذبح.

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب، هـ).

فصل

وإنما قلنا إن الشاهد العدل لوث لأنه يقوى الظن به، ولأن له تأثيراً في الأصول في نقل اليمين إلى جنبه المدعى، وسواء رآه أو رأى آثار القتل على من يدعى عليه الدم لأن كل ذلك تقوى معه الدعوى، ووجه قوله في غير العدل وفي جماعة النساء إن [شهادتهم]^(١) لوث فلأن الدعوى تقوى بها، ولأن الغالب من حال الجماعة الذين ظاهرهم الإسلام والحرية أنهم لا يشهدون الزور في الدم.

ووجه قوله إنها ليست بلوث أن شهادة النساء لا مدخل لها في إثبات الحقوق فلم يكن لوثاً، وإنما قلنا لولاة الدم أن يستعينوا بغيرهم من العصبية فيخففوا عنهم فلأن كلهم عصبية وأهل نصرة والأيمان لهم وكذلك للمدعى عليه أن يستعين بغيره من عصبته فيحلف معه إلا أن يدعى الدم على جماعة فلا يبرأ كل واحد منهم إلا بأن يحلف خمسين يميناً، ووجه قوله إن الأولياء إذا كانوا أكثر من خمسين حلف [كل]^(٢) واحد يميناً واحداً لأن الأيمان حق على كل من كان له نصيب في الدم فوجب أن يحلف كل واحد، أصله إذا كانوا خمسين رجلاً، ووجه قوله يحلف منهم خمسون فقط أن الخمسين يميناً حاصلة فلم يحتج إلى زيادة عليها، أصله إذا كانوا خمسين أو أقل.

وإنما قلنا إن نكول المستعان بهم لا يؤثر لأنه لا حق لهم في ولاية الدم ألا ترى أن الدم يستحق مع عدمهم، وكل من لا حق له في ولاية الدم لم يتعلق سقوط الدم به، ووجه قوله إنه إذا نكل بعض ولاية الدم فلمن بقى^(٣) أن يحلفوا أو يستحقوا من الدية بقدر أنصابتهم فلأن بنكولهم لم يسقط حق غيرهم في قتل الخطأ.

وإنما قلنا إن الواجب يكون دية لا دمًا لأن الدم لا يتبعض فإن سقط بعضه تعذر أخذ البعض وصار إلى الدية، ووجه قوله إنه ليس لمن بقى أن يحلف وترد اليمين على المدعى عليهم هو أن الحق لجماعتهم فليس بعضهم بإثباته بأولى من بعض وإذا ردت على المدعى عليه: فإن كان واحداً لزمه أن يحلف خمسين يميناً لقوله (أو تبريكم يهود بخمسين يميناً)^(٤)، ولأنها أيمان تعلقت بإحدى جنبتي القسامة فكانت خمسين يميناً،

(١) ثبت في الأصل (شهادتهم) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) ثبت في (أ) فإن الباقي.

(٤) تقدم تخريجه.

أصله في جنبه المدعين، ولو كانت الدعوى على جماعة حلف كل واحد خمسين يمينًا لأنه يريد إبراء نفسه من الدم فالبراءة من الدم لا تكون بأقل من خمسين.

ووجه قوله إن المدعى عليه إن نكل حبس حتى يحلف فلأن يمينه استظهار، ولأنه لم يتقدمه ما يستحق عليه به مع نكوله حكم وإن طال حبسه خلى لأنه لم يتجه عليه حكم لأن ولاية الدم أضعفوا سببهم وأتموا^(١) دعواهم بنكولهم، ووجه قوله إن الدية تلزمه في ماله أن نكوله بمنزلة اعترافه والعاقلة لا تحمل اعترافًا فكانت الدية في ماله، ولأنه قد اتفق سببان موجبان للحكم وهما اللوث ونكول المدعى عليه فوجب أن يحكم عليه.

وإنما قلنا إنه إذا عفا بعضهم بعد الأيمان كان لمن يعفو أنصباؤهم من الدية لأن القود يتعذر مع عفو من عفا، ولا يجوز أن يبطل الدم بعد استحقاقه في حق من لم يعف والقود إنما تعذر مع استحقاق بدل الدم فلم يبق إلا الدية، ووجه افتراق الولد والإخوة ومن بعد من العصابات أن قرب الولد والإخوة أمس ورحمهم أكد بدلالة أنهم يحجبون الأم عن الثلث إلى السدس ولهم من المزية ما ليس لغيرهم فلم يكن نكول غيرهم مؤثرًا في سقوط القود، ووجه التسوية بينهم اتفاقهم في ولاية الدم كالولد والإخوة.

وإنما قلنا لا يقتل بالقسامة أكثر من واحد خلافاً للشافعي^(٢)، لقوله ﷺ: «يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع إليكم برمته»^(٣)، ولأن القسامة أضعف من الإقرار واليئنة، ولأن الردع يحصل بقتل واحد منهم.

إذا ثبت أنه يقتل واحد فقط فلا دية على الباقيين خلافاً لمن قال [بسقط تقسيط المقتول]^(٤) ويلزم الباقيون بقسطهم لأن الباقيين لم يثبت عليهم الدم لا بقسامة ولا بغيرها فلا وجه لإلزامهم الدية.

(١) ثبت في (أ، هـ) أنهموا.

(٢) وهو قول الشافعي القديم حيث إنه لا فرق فيه بين أن تكون الدعوى على واحد أو جماعة كالبيئنة وخرج ابن سريج على القديم أن الولي يختار واحداً منهم فيقتله قصاصاً ولا يقتل الجميع. والجلديد أنه لا يجب القصاص بالقسامة. انظر روضة الطالبين (٢٣/١٠)، انظر مغنى المحتاج (١١٧/٤).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ثبت في (هـ) يسقط بقسطه عن المقتول.

وإنما قلنا يضرب من عفى منهم^(١) مائة ويحبس سنة لأنه قد روى قاتل العمد إذا عفى عنه ضرب مائة وحبس سنة، ولأنه قد كان يجوز أن يقتل بأن يقسم عليه فلما لم يقتل وجب تأديبه وكان معتبراً بالزاني أن الزنا لما كان مع الإحصان يوجب القتل كان إذا عرى من الإحصان يوجب ضرب مائة وحبس سنة.

وإنما قلنا إن الدم إذا ادعى على جماعة أقسم كل واحد لقوله «يقسم خمسون منكم على رجل منهم»^(٢)، ولأنه إنما يقسم عليه ليقتل فإذا لم يقتل أكثر من واحد فلا فائدة في القسامة على أكثر منه.

وإنما قلنا إن اتفاق ولادة الدم على القتل واختلافهم في صفته يوجب لهم القسامة وأخذ الدية، لأن القتل يثبت بدعواهم له وأيمانهم، مع اللوث وأكثر ما فسى اختلافهم أنه يتعذر معه القود فيصير إلى الدية، فأما إذا ادعى بعضهم العمد ولم يدع الباقيون قتلاً فلا قسامة لأنها إنما تثبت^(٣) باتفاق الأولياء، دون اختلافهم، ووجه قول مالك أن من ادعى منهم الخطأ أقسم مع جحد الباقيين لأن الواجب بقتل الخطأ مال وذلك لا يفتقر إلى اتفاق الأولياء، ووجه ما قاله شيخنا اعتباراً بالعمد، وإنما قلنا لا قسامة في عبد ولا أمة خلافاً لأبي حنيفة^(٤) والشافعي^(٥)، لأنه مال والاموال لا يثبت إتلافها بالقسامة كالحيوان والعروض.

وإنما قلنا لا قسامة في ذمي لنقصان حرمة عن المسلم والقسامة وضعت حراسة للدماء وحفظاً لها، ولأن بالعبد لما لم تكن فيه قسامة مع زيادة حرمة بالدين فالكافر^(٦) مع نقصه بالكفر أولى، وإنما قلنا لا قسامة في جراح لأن السنة جاءت بها في القتل،

(١) ثبت في (ب، هـ): من بقى.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ثبت في (ب) ثبت.

(٤) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وعند أبي يوسف: فلا قسامة فيه ولا دية لأن العبد عنده مضمون بالخطأ من حيث إنه مال. انظر بدائع الصنائع للكاساني (٧/٢٨٨)، انظر الفتاوى الهندية (٦/٨١).

(٥) وهو أحد قولين عند الشافعي. وهو الأظهر كما قال الشيخ الخطيب الشريني. والثاني: لا قسامة فيه بناء على أن بدله لا تحمله العاقلة. انظر مغنى المحتاج (٤/١١٤)، انظر روضة الطالبين للنووي (١٠/١٠).

(٦) ثبت في (ب) فكا لكافر.

ولأن حرمة الجراح أخفض من حرمة النفس ألا ترى أنه لا كفارة فيها.

وإنما قلنا إنه لا قسامة فيمن وجد قتيلاً في محلة قوم خلافاً لأبي حنيفة في قوله إنه لوث إذا كان به أثر^(١) اعتباراً به إذا لم يكن به أثر.

ووجه قولنا في القتل بين الفئتين أنه يقسم معه أنه يغلب على الظن بحصوله مقتولاً بينهما أن قتله لم يخرج عنهما فكان ذلك لوثاً يوجب القسامة لأوليائه، وهذا كله إذا كان القتال على غير تأويل دين فإن كان بخلاف ذلك فلا قسامة ولا دية ولا قود.

ووجه قوله إنه لا قسامة فيه أن القسامة لا تكون إلا مع لوث في مشار إليه معين فإذا ثبت أنه لا قسامة، فديته على الفئة التي نارعت إن كان من الأخرى، وعليهما إن كان من غيرهما لعلمنا بأن الطائفتين إنما نصبتا للحرب واقتلتا وشهرتا السلاح قام كل فريق لا يقتل أصحابه، وإنما يطلب أعداءه وخصومه وقد علمنا أن قتله لم يخرج عنها فكانت ديته عليهما إذ ليس إحداهما بأولى من الأخرى.

وإنما قلنا يجلب إلى مكة والمدينة وبيت المقدس من أعمالهما في القسامة تعظيماً لحرمة الدماء وليرتدع مدعو الدماء إن كانوا مبطلين في دعواهم تعظيماً للكعبة، ولقبر النبي، ومنبره وإكباراً لحرمة هذه المواضع أن يحلفوا الأيمان فيها على سفك الدماء الحرام، ولا يجلب إلى غيرها إلا من اليسير لأنه ليس لغيرها من الحرمة مثل ما لها.

وإنما قلنا إن جميع الورثة يقسمون في الخطأ أن عدد^(٢) الأيمان بقدر الموارث لأن الواجب بها ما يرثونه كسائر التركة فاحتاج كل من له حق ميراث إلى تبينه، وإنما قلنا إذ كسرها يجبر لأن اليمين لا تتبعض فوجب تكميلها وكان من عليه أكثرها أولى بذلك.

وإنما قلنا إن قوله قتلني فلان خطأ لوث اعتباراً بقوله قتلني عمداً^(٣)، ووجه التفريق بينهما أن حرمة الدم أغلظ من حرمة المال، وفي الخطأ يتهم أن يريد نفع ولده بإيصال المال إليهم وهو أمر يمكن تلافيه والدم لا يمكن تلافيه، والأول أقيس وهو قول ابن القاسم وأشهب.

(١) ذكره الشيخ الموصلي في الاختيار (١١٥/٤)، انظر الاختيار للموصلي (١١٥/٤)، انظر الهداية للمرخيناني (٥٦٤/٤، ٣).

(٢) ثبت في (١) أو أن.

(٣) ثبت في (١) هذا.

باب

والدية موروثه كسائر التركة كانت عن خطأ أو عمد تغليظ، لأنها مال للمقتول إذ هي بدل عن نفسه ألا ترى أنه يقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه، وروى الضحاك بن سفيان أن النبي ﷺ كتب إليه أن يُورث امرأة أشيم الضبابي من تركه زوجها^(١).

فصل

ولا يرث قاتل العمد ولا يحجب، وقاتل الخطأ يرث من المال ولا يحجب في الدية، وهذا يرد في الموارث.

فصل

والكفارة في قتل الخطأ واجبة^(٢) ولقوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء: ٩٢]، [ولا خلاف فيه^(٣)، ولا تجب الكفارة في قتل عمد خلافاً للشافعي^(٤)، لقوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة﴾ [النساء: ٩٢] ^(٥) فدل أن العمد بخلافه، ولأنه معنى موجب للفعل فلم يجب على قاتله كفارة كالزنا مع الإحصان، ولأن الكفارة لتغطية الذنب والمأثم، وقتل المؤمن عمداً أعظم من أن يكفره.

(١) ثبت في (ب) والأولى.

(٢) أخرجه أبو داود في الفرائض (١٢٩/٣) ح (٢٩٢٧)، وابن ماجه في الديات (٨٨٣/٢) ح (٢٦٤٢)، والترمذي في الديات (٢٧/٤) ح (١٤١٥) وقال: هذا حديث حسن صحيح. ومالك في الموطأ في العقول (٨٦٦/٢) ح (٩).

(٣) قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن على القاتل خطأ الكفارة. انظر الإشراف (١٣٧/٣)، انظر المغنى لموفق الدين (٣٧/١٠).

(٤) ذكره الإمام النووي في الروضة. وقال: وحكى الرويانى وجهاً ضعيفاً عن رواية أبو على بن أبى هريرة والطبري أنه إذا اقتص من المتعمد فلا كفارة في ماله. انظر روضة الطالبين (٣٨٠/٩)، انظر مغنى المحتاج (١٠٧/٤). وهو قول الزهرى ورواية عن أحمد. انظر المغنى لموفق الدين (٤٠/١٠).

(٥) ما بين المعكوفين مقط من (ب).

فصل

ولا كفارة في قتل عبد خلافاً للشافعي^(١) لأنه مال مقوم فلم تجب بإتلافه كفارة كالبهائم.

فصل

لا كفارة في قتل كافر خلافاً لمن أوجبها^(٢) لقوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة﴾ [النساء: ٩٢] فدل على أن الكافر بخلافه، ولأن الكفارة في قتل المؤمن لحرمة وتحريم دمه وذلك غير موجود في الكافر، ولأنها لم تجب بقتل العمد وهو مؤمن فكانت بأن لا تجب في قتل الكافر أولى، واعتباراً بالحرى والثنى والمترد.

فصل

وإذا قتل جماعة رجلاً مؤمناً فعلى كل واحد كفارة خلافاً لمن قال كفارة واحدة^(٣)، لقوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ﴾ [النساء: ٩٢] فعم الاشتراك والانفراد ولأنه قاتل خطأ فأشبه المنفرد.

فصل

والكفارة: إعتاق رقبة، وصيام، ولا إطعام فيها وشرط الإعتاق أن تكون رقبة ليس فيها شرك ولا عقد^(٤) من عقود العتق، وقد بينا ذلك في الأيمان والظهار وكذلك في الصوم.

(١) ذكره الإمام النووي. انظر روضة الطالبين (٣٨٠ / ٩)، انظر مغنى المحتاج (١٠٨ / ٤).

(٢) قال أكثر أهل العلم: تجب الكفارة بقتل الكافر المضمون. انظر المغنى لموفق الدين (٣٨ / ١٠).

(٣) وهو قول أبى ثور والأوزاعي، وهو رواية عن أحمد بن حنبل، ورواه أبو على الطبرى عن الشافعي. انظر الإشراف لابن المنذر (١٣٧ / ٣) انظر المغنى لموفق الدين (٣٩ / ١٠)، انظر روضة الطالبين (٣٨١ / ٩).

(٤) ثبت في (ب) عفو.

باب

وفى جنين المرأة الحرة غرة^(١) عبد أو أمة لأن النبي ﷺ حكم بذلك فى الجنين^(٢) إذا قتل فى بطن أمه، تكون قيمتها خمسون ديناراً أو ستمائة درهم ليكون بقدر عشر دية أمه كما يعتبر جنين الأمة بعشر قيمتها، ولا خلاف فى ذلك إلا أن أبا حنيفة يقول قيمتها خمسمائة درهم^(٣) لأن عنده أن دية الأم خمسة آلاف، وحكى عن قوم أنهم قالوا لا شيء فى الجنين^(٤)، وهذا غلط لما رويناه من أنه ﷺ قضى فيه بغرة، وفى حديث أبى هريرة فى المراتين لما ضربت إحداهما الأخرى بمسطح فقتلتها أنه ﷺ قضى بالدية على عصابة القاتلة وقضى فى الجنين بغرة فقال المقضى رأيت من لا شرب ولا أكل ولا صاح ولا استهل أليس مثل ذلك يطل فقال رسول الله ﷺ: «أسجع كسجع الجاهلية»^(٥) وقضى فيه بغرة.

[فصل]

ودية الجنين مورثة على حسب الموارث، خلافاً لما يحكى الليث بن سعد إن كان قاله أنها للأُم وحدها^(٦)، لأنها دية نفس آدمى مقتولة فكانت لجميع ورثتها، أصله إذا انفصل حياً^(٧).

(١) الغرة فى اللغة: بياض فى الجبهة. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (١٠١/٢). وفى الشرع: دية الجنين المسلم الحر حكماً يلحق غير مستهل بفعل آدمى. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاص (٦٢٣/٢).

(٢) أخرجه البخارى فى الديات (٢٥٧/١٢) ح (٦٩٠٤)، ومسلم فى القسامة (١٣٠٩/٣) ح (١٦٨١/٣٤).

(٣) ذكره الشيخ المرغينانى فى الهداية. وهو استحسان عند الأحناف. انظر الهداية للمرغينانى (٥٣٥/٤، ٣)، انظر الاختيار للموصلى (١٠٢/٤).

(٤) وهذا القول هو قياس قول الأحناف حيث قال الشيخ المرغينانى: والقياس أنه لا يجب شيء لأنه لم يتيقن بحياته. انظر الهداية للمرغينانى (٥٣٥/٤، ٣)، انظر الاختيار للموصلى (١٠٢/٤).
(٥) تقدم تخريجه.

(٦) انظر المغنى لموفق الدين (٥٤٢/٩).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فصل

وفى جنين الأمة من سيدها [الحر]^(١) مثل ما فى جنين الحرة لأنه حر من حين^(٢) خلق كجنين الحرة، وفى جنين الأمة من غير سيدها عشر قيمتها كما فى جنين الحرة عشر ديتها.

فصل

وفى جنين الكتابية من المسلم مثل ما فى جنين الحرة المسلمة، لأن حكمه حكم أبيه فى الدين فكان فيه نصف عشر دية أبيه على ما بيناه،

فصل

وفى جنين الكتابية من زوجها الكافر عشر ديتها، كذلك المجوسية اعتباراً بسائر دياتهم.

فصل

إذا استهل صارخاً ففيه الدية بكمالها، وتحملها العاقلة لأن حياته قد ثبتت فقاتله قاتل خطأ، فإن ضرب عمداً ففيه القود بالقسامة^(٣) ومن قتل جنينين ففيهما غرتان، ولو ماتت الأم ثم خرج الجنين بعد موتها ميتاً فلا شيء فيه خلافاً للشافعى فى إيجابه الغرة فيه^(٤)، ولأن تلفه قبل الانفصال كتلف بعض من أعضائها فيكون تابعاً لا حكم له.

فصل

وإذا طرحت الأمة جنينها فاستهل صارخاً ثم مات ففيه قيمته لأنه عبد كالكبير، وإن لم يستهل صارخاً [ثم مات]^(٥) ففيه عشر قيمة أمة^(٦) اعتباراً بجنين الحرة أنه يكون معتبراً بأمه.

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) ثبت فى (ب) خير، وفى (أ) حر.

(٣) فى (أ) بالقسمة.

(٤) انظر الحاوى الكبير للماوردى (٣٨٩/١٢)، وذكره الشيخ الخطيب الشربيني. انظر مغنى المحتاج (١٠٣/٤).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٦) انظر الكافى لابن عبد البر (١١٢٣/٢)، انظر حاشية العدوى (٢٨٦/٢).

باب

يحبط عمل المرتد^(١) بنفس الردة^(٢) من غير اعتبار بموته قبل التوبة أو بعدها، وفائدة ذلك أنه إذا عاد إلى الإسلام لم يلزمه قضاء الصلوات التي تركها في رده وكان عليه استئناف الحج ويكون حكمه حكم الكافر الأصلي إذا أسلم.

فصل

فأما سقوط قضاء ما ترك من الصلاة في رده خلافاً للشافعي^(٣)، فلقوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَتَّبِعُوا يَغْفِرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨] فعم، ولأنها صلاة متروكة في حال كفره كالكافر الأصلي، أما استئناف الحج خلافاً للشافعي^(٤)، فلقوله تعالى: ﴿لَنْ أَشْرَكَتَ لِيَحْبِطَنَّ عَمَلُكَ﴾ [الزمر: ٦٥] فأخبر أن الارتداد يحبط العمل فإذا انحبط لزمه إعادة الحج، ولأنه أسلم عن كفر فلزمه الحج، ولأنه أسلم كالكافر الأصلي [إذا أسلم]^(٥).

فصل

إذا اجتمع المرتدون ونصبوا راية الحرب وقاتلوا المسلمين وأتلفوا أموالاً ثم تابوا لم يؤخذوا بشيء من ذلك خلافاً لأحد قولي الشافعي^(٦)، لأن أبا بكر الصديق والصحابة لم يضمنوا من رجع من [أهل]^(٧) الردة، ولأنها فئة ممتنعة أتلقت على وجه التدين فلم يلزمها ضمان كأهل الحرب.

يستتاب المرتد ثلاثاً فإن تاب قبلت توبته وإن أبى قتل وكان ماله فيئاً للمسلمين^(٨) ولا

(١) قال الفيروزآبادي: الردة من الارتداد وهو الرجوع. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادي (٢٩٤/١). وفي الشرع: كفر بعد إسلام تقرر. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاص (٦٣٤/٢).
(٢) ثبت في (ب) ارتداده.

(٣) ذكره الإمام النووي. انظر روضة الطالبين (١٩٠/١)، المذهب (٥٠/١).

(٤) ذكره الشيخ الشيرازي. انظر المذهب للشيرازي (١٩٥/١)، انظر مغنى المحتاج (٤٦٢/١، ٤٦٣).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٦) انظر روضة الطالبين (٨١، ٥٥/١٠)، انظر الحاوي الكبير للماوردي (١٨٢/١٣).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٨) في ب، هـ. جماعة المسلمين.

يرثه ورثته المسلمون ولا أهل الدين الذى ارتد إليه، وسواء ما ملك قبل رده أو ما كسبه حال رده.

وإنما قلنا يستتاب ثلاثاً لما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه بلغه أن رجلاً ارتد فقتل قبل أن يستتاب فأُنكر^(١) ذلك وقال: هلا حبستموه ثلاثاً وأطعمتموه كل يوم رغيفاً فإن تاب وإلا قتلتموه، اللهم لم أمر ولم أرض إذ بلغنى^(٢)، ولا مخالف له، ولأنه يجوز أن يكون عرضت له شبهة فإذا روجع وذكرناه الإسلام زال عنه، ولأن من قبلت توبته عرضت عليه كسائر الكفار.

وإنما قلنا إن توبته تقبل، خلافاً لمن حكى عنه أنها لا تقبل^(٣)، لقوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ﴾ [الشورى: ٢٥]، وقوله: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَتُوبُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨]، وقوله ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم»^(٤)، ولأنها توبة عن كفر يظهر كالكافر الأصلي، وإنما قلنا إنه إذا لم يتب قتل لقوله ﷺ: «من بدل دينه فاقتلوه»^(٥)، ولا خلاف في ذلك^(٦).

وإنما قلنا إن المرتدة تقتل خلافاً لأبى حنيفة^(٧)، لعموم الخبر لأن كل من جاز أن يقتل بالقتل جاز أن يقتل بالردة كالرجل، ولأنه سبب يقتل به الرجل فجاز أن تقتل به المرأة

(١) ثبت في (أ) (فما أنكر).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٣٥٩/٨) ح (١٦٨٨٧).

(٣) وهم القائلون بأنه يقتل ولا يستتاب وهو قول عبيد بن عمير وطاوس وهو قول لعطاء فيما إذا كان مسلماً ممن ولد في الإسلام ثم ارتد لم يستتب ويقتل وهو رواية عن أحمد. انظر الإشراف لابن المنذر (١٥٦/٣)، المغنى لموفق الدين (٧٦/١٠).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه البخارى في الجهاد (١٧٣/٦) ح (٣٠١٧)، وأبو داود في الحدود (١٢٤/٤) ح (٤٣٥١)، والترمذى في الحدود (٥٩/٤) ح (١٤٥٨) قال: هذا حديث حسن صحيح والنسائي في التحريم (٩٦/٧) باب (الحكم في المرتد) وابن ماجه في الحدود (٨٤٨/٢) ح (٢٥٣٥)، وأحمد في المسند (٣٦٩-٣٦٨/١) ح (٢٥٥٥).

(٦) ذكره ابن المنذر. وقال: وأجمع أهل العلم بأن العبد إذا ارتد فاستتيب فلم يتب قتل ولا أحفظ فيه خلافاً. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١٢٢)، انظر المغنى لموفق الدين (٧٦/١٠).

(٧) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار للموصلى (٣٥٢/٣)، انظر بدائع الصنائع للكاظمي (١٣٥/٧).

كالقتل وإنما قلنا إنه لا يورث وأن ماله فيء خلافاً لمن قال إنه يورث^(١)، لقوله ﷺ: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم»^(٢) ولأنه ممن لا يرث بحال فلم يورث كالعبد، ولأنه مات كافراً فلم يرثه مسلم كالكافر الأصلي، وإنما لم نفصل ما بين ما ملكه قبل رده أو في حالها خلافاً لأبي حنيفة في قوله أن يورث عنه ما كان له قبل الردة دون ما كسبه فيها^(٣)، لأن الخبر عام، ولأنه مال مات عنه فأشبه ما كسبه حال رده.

فصل

لا تقبل توبة الزنديق: وهو الذي يُسرُّ الكفر ويظهر الإسلام خلافاً للشافعي^(٤)، لأننا لا نصل إلى العلم بتوبته لأنه لم يكن له ظاهر يرجع عنه فيستدل منه على تركه له، ولأن التوبة من المعصية المستر بها لا تسقط [الحد]^(٥) الواجب فيها كالزنا والسرقه.

وإذا انتقل الكافر من ملة إلى ملة أخرى من الكفر لم يتعرض له خلافاً للشافعي في قوله أنه يقتل إذا لم يسلم^(٦)، لأن الدين الذي انتقل إليه عما يجوز الإقرار عليه فجار أن يقر عليه الانتقال كما لو كان ابتداءً، ولأنه لو كان يعقوبياً فصار نسطورياً لم يتعرض له لأنه انتقال من كفر إلى كفر فكذلك إذا انتقل من النصرانية إلى اليهودية.

(١) وهو قول الليث بن سعد وإسحاق بن راهويه والنعمان وروى هذا القول عن علي بن أبي طالب والحسن البصري والشعبي والحكم. وقال الأوزاعي: إذا كان في دار الإسلام قتل وقسم ماله بين ورثته. وعن الإمام أحمد رواية: أن ماله لورثته من المسلمين أيضاً وعنه أيضاً: أن ماله لقرابته من أهل الدين الذي انتقل إليه وهو قول أبي يوسف ومحمد من أصحاب أبي حنيفة. انظر الإشراف لابن المنذر (٣/١٦٣، ١٦٤)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/٨١)، انظر الاختيار للموصلي (٣/٩٣٤).

(٢) أخرجه البخاري في الفرائض (١٢/٥١) ح (٦٧٦٤)، ومسلم في الفرائض (٣/١٢٣٣) ح (١٦١٤/١).

(٣) وهذا قول سفيان الثوري أيضاً. انظر الاختيار للموصلي (٣/٣٤٩)، انظر الهداية للمرغيناني (١، ٢/٤٥٩)، انظر الإشراف لابن المنذر (٣/١٦٣، ١٦٤).

(٤) وهو أحد قولي الشافعي. وهذا القول مروى عن علي بن أبي طالب وبه قال عبيد الله بن الحسن وهو قول ابن المنذر. انظر روضة الطالبين (١٠/٧٥)، انظر مغنى المحتاج (٤/١٤٠، ١٤١)، انظر الإشراف (٣/١٦٢، ١٦٣).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٦) انظر الأم (٦/١٤٨).

باب

والسحر^(١) له حقيقة خلافاً لمن نفاه^(٢)، لقوله تعالى: ﴿ولكن الشياطين كفروا يعلمون الناس السحر﴾ [البقرة: ١٠٢] فجعلهم كفر، فثبت أن له حقيقة فإذا فعل السحر بنفسه لم يستتب فإن قال قد ثبت لم تقبل توبته خلافاً للشافعي^(٣)، لأنه مستتر به فلا تقبل التوبة منه كالزنديق^(٤)، ولأن علمه به وفعله له كفر عندنا بدليل قوله تعالى: ﴿إنما نحن فتنة فلا تكفر﴾ [البقرة: ١٠٢] أى لا تتعلم السحر، ولأن الآلام الواصلة إلى الحيوان التى تضر بهم وتقتلهم^(٥) من فعل الله تعالى وهو المنفرد بالقدره عليها واعتقاد الإنسان أن ذلك فعله وأنه قادر عليه كفر. وأما إذا دفع شيئاً إلى من عمل له السحر فلا يقتل لأنه ليس بساحر بهذا الفعل وهو كمن دفع مالا إلى رجل ليقول له إنساناً فلا يقتل الدافع للمال ولا يكون قاتلاً بذلك.

(١) السحر فى اللغة: كل ما لطف مأخذه ، ويقال : سَحَرَ كمنع خَدَعَ. انظر القاموس المحيط (٤٥/٢)، وفى الاصطلاح: هو أمر خارق للعادة مسبب عن سبب معتاد كونه منه. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٦٣٥/٢).

(٢) وهو قول معتزلة المتكلمين والمغري من أهل الظاهر وأبو جعفر الإستراباذى من أصحاب الشافعى وقال بعض أصحاب أبى حنيفة: إن كان يصل إلى بدن المسحور كدخان ونحوه جاز أن يحصل منه ذلك فاما أن يحصل المرض والموت من غير أن يصل إلى بدنه شيء فلا يجوز. انظر الحاوى الكبير للماوردى (٩٣/١٣)، انظر المهذب للشيروانى (٢٢٤/٢)، انظر المغنى لموفق الدين (١١٣/١٠).

(٣) ذكره الماوردى فى الحاوى. انظر الحاوى الكبير (١٦٥/١٣)، وقال الشيخ الشيرازى يقتل كما يقتل المرتد. أى: حكمه حكم المرتد فى استتابته فإن تاب وإلا قتل. انظر المهذب للشيروانى (٢٢٤/٢).

(٤) فى (ب) كالزندقة.

(٥) ثبت فى (ب) تقييلهم.

باب

والمقتول من الفئة الباغية يغسل ويصلى عليه خلافاً لأبى حنيفة^(١)، لأن بغيه لا يخرج من أحكام الملة كالعدل، ولا يتبعون فيما استهلكوا من مال ولا دم إذا كان القتال على تأويل دين لإجماع الصحابة على ذلك في قتال^(٢) يوم الجمل وصفين^(٣) وهما من وقائع الإسلام، ولأنها فئة امتنعت وأتلفت بتأويل فلم يلزمها ضمان كأهل الحرب إذا أتلفوا مالا على المسلمين.

(١) في أنه قال: لا يصلى عليهم وإنما يغسلون ويكفنون ويدفنون لأن ذلك من سنة موتى بنى آدم.

انظر بدائع الصنائع للكاساني (١٤٢/٧)، انظر الهداية للمرغيناني (١٠٢/٢، ١).

(٢) ثبت في (ب) قتل.

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (٣٠٩/٨ - ٣١) ح (١٦٧٣٩).

باب

المحارب^(١) هو: القاطع للطريق المخيف للسييل الشاهر للسلاح الطالب للمال فإن أعطى وإلا قاتل عليه كان فى المصر أو خارج المصر، فهذا إذا ظهر عليه قبل توبته أقيم عليه حد الحراة: وهو القتل أو الصلب أو قطع اليد والرجل من خلاف أو النفى أو الحبس، وذلك موكل إلى اجتهد الحاكم على ما يراه كافيًا فى ردعه ورجره، فإن كان ذا قوة وبطش ورأى وتديير ويجمع إليه ويتحيز إلى جهته فهذا حد القتل، [وإن كان ذا قوة وبطش فقط: قطع من خلاف، وإن كان الذى ليس فيه ذلك وإنما فعله مرة ولعله أن يتوب فهذا يضرب على ما يراه الإمام وينفى فيحبس بغير بلده]^(٢) إلى أن تظهر توبته، ويجوز قتل المحارب وإن لم يكن قتل، وإذا جاء تائبًا قبل القدرة عليه سقط عنه حد الحراة وأخذ بحقوق الناس [قبله]^(٣) من قتل وقطع وأخذ مال.

ويقتل فى الحراة المسلم بالكافر والحر بالعبد، ولا يجوز فيه لولى الدم عفو، وحكم اللص وحكم المحارب، وللرجل أن يمانع عن نفسه وماله فإن قتل فشهد وإن آل إلى قتل اللص فهدر لا شيء فيه.

فصل

قد بينا أن حكم المحارب على التخيير، وأنه موكل إلى اجتهد الإمام، وقال أبو حنيفة^(٤) والشافعى هى على الترتيب^(٥) فلا يقتل من لم يقتل ولا يصلب ولا يقطع فإن

(١) للمحارب فى اللغة واحد المحاربين وهو اسم فاعل من حارب وهو فاعل من الحرب قال ابن فارس: الحرب اشتقاقها من الحرب يعنى بفتح الراء وهو مصدر حرب ماله أى سلبه والحرب: المحروب ورجل محرب أى: شجاع. انظر المطلع على أبواب المقنع للشيخ شمس الدين البعلى (ص ٣٧٦)، انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٥٣/١).

وفى الشرع: الحراة الخروج لإخافة سييل لأخذ مال محترم بمكابة قتال أو خوفه أو لذهاب عقل أو قتل خفية أو لمجرد قطع الطريق لا لإمرة ولا نائرة ولا عداوة. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاص (٦٥٤/٢).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار (٣٠٧/٣)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٩٣/٧).

(٥) ذكره الشيخ الماوردى، انظر الحاوى الكبير (٣٥٣/١٣).

قتل ولم يأخذ مالا قتل فقط ولم يقطع ولم يصلب، وإن أخذ مالا ولم يقتل قطع، وإن قتل وأخذ المال قال أبو حنيفة: الإمام مخير إن شاء جمع القطع والقتل وإن شاء جمع القطع والصلب [ثم قتل بعد الصلب، وإن شاء جمع بين القتل والصلب^(١)]، وقال الشافعي يقتلهم خنقًا ويصلبهم^(٢)، فدللنا على أن له أن يقتله، وإن لم يكن قتل قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا﴾ [المائدة: ٣٣] الآية، ولم يشترط أن يكونوا قتلوا، ولأنه خير بين هذه الحدود فدل على سقوط الترتيب، وروى أنه ﷺ قال: «من أشهر سيفه ثم وضعه وجب^(٣) دمه»^(٤) وإنما قلنا إذا جاء ثابًا قبل القدرة عليه يسقط عنه حد الحراة لقوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٣] فأخبر بأن التوبة قبل القدرة تسقط حد الحراة لأنه استثنائه ممن أخبر بأن جزاءه القتل وغيره.

وإنما قلنا إن حقوق الناس قبله لا تسقط لأن التوبة لا تأثير لها في حقوق الآدميين، ألا ترى أن من غضب رجلاً شيئًا وأتلفه ثم تاب فإن بدله واجب عليه كذلك القتل والجراح^(٥) وغيره، ولأن التوبة من هذه الأشياء إذا انفردت عن الحراة لا تسقط حقوق الناس^(٦) المتعلقة بها فكذلك إذا انضمت إليها.

وإنما قلنا يقتل فيها المسلم بالكافر والحر بالعبد لأن ذلك ليس بقتل قصاص فيمتنع ويراعى فيه تكافؤ الدماء وإنما هو لحق الله ولذلك قلنا إنه لا عفو لولى الدم لأن قتله ليس لأجل البذل عن قتل وليه يدل عليه إذا سقط عنه القتل لحق الله وصار حيثئذ قتل قصاص فثبت للولى حق العفو، وإنما قلنا إن حكم اللص حكم المحارب لأنه طالب للمال أخذ للنفس غلبة فكان نوعًا من المحاربة، وإنما قلنا إن للإنسان دفعه عن ماله

(١) وخالفه في ذلك من أصحابه محمد بن الحسن. وقال: يقتل أو يصلب ولا يقطع، انظر الهداية للمرغيناني (١، ٤٢٣/٢)، انظر بدائع الصنائع (٩٣/٧).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٣) انظر روضة الطالبين (١٠٠/١٥٦)، انظر الحاوي الكبير للماوردي (١٣/٣٥٧).

(٤) ثبت في (ب) فقد وجب.

(٥) أخرجه النسائي في التحريم (٧/١٠٨) باب (من شهر سيفه ثم وضعه في الناس)، والحاكم في المستدرک (٢/١٥٩)، وانظر نصب الراية للمحافظ الزيلعي (٤/٣٤٧).

(٦) ثبت في (١) والجروح.

(٧) ثبت في (ب) الآدميين.

ومنع وأنه لا شيء فى قتله لقوله ﷺ: «من قتل دون ماله فهو شهيد»^(١)، فلولا أن قتله بحق وإلا لم يكن شهيداً بالقتل، وروى أن امرأة خرجت تحتطب فتبعها رجل فراودها عن نفسها فرمته بحجر فقتلته فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال: قتيل الله والله لا يودى أبداً فأهدر عمر [رضى الله عنه]^(٢) دمه^(٣) ولأنه إذا قصد غيره [ظلمًا]^(٤) طلباً لقتله أو ماله فالمقصود مضطر إلى دفعه عن نفسه فكان اللص منعاً فوجب أن يهدر دمه.

(١) أخرجه البخارى فى المظالم (١٤٧/٥) ح (٢٤٨٠)، ومسلم فى الإيمان (١٢٤/١) ح (١٤١/٢٢٦).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٥٨٦/٨) ح (١٧٦٤٩).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

باب

وإذا صال^(١) الفحل^(٢) أو غيره من البهائم على الإنسان وخافه على نفسه فله دفعه عن نفسه: فإن أدى ذلك إلى قتله فلا ضمان عليه خلافاً لأبي حنيفة في قوله إنه يضمنه، لأنه قتله بدفع مباح فلم يضمنه كالآدمي، ولأن حرمة الآدمي أعظم من حرمة البهيمة^(٣)، فإذا لم يضمن في الآدمي ففي البهيمة أولى، وهذا إذا قامت له بينة بما يدعيه فأما إن لم يعلم إلا بقوله فإنه يضمن لأنه مقر بإتلاف مال غيره ومدع الإباحة وسقوط الضمان فلا يقبل قوله بدعواه.

فصل

ومن عض أصبع رجل فتزع العضوض يده من فم العاض فذهبت أسنانه فعلى الجابِل ضمانه، وقال يحيى بن عمر من أصحابنا لا ضمان عليه وقاله أبو حنيفة^(٤) والشافعي^(٥).

فوجه قول مالك أن العاض لم يقصد النفس وإنما قصد العض نفسه والذي يستحق بإتلاف ذلك العض غير ما فعل به فوجب أن يكون كل واحد ضامناً ما جنى على الآخر كمن قلع عين الرجل فقطع الآخر يده فإنهما ضامنان.

وجه قول يحيى بن عمر أنه دفعه بدفع مباح فلم يضمن ما كان عليه، أصله إذا أراد النفس^(٦).

(١) الصيال في اللغة: صَوَّلَ البعير صَالَةً وَائْتَبَ الناس أو صار يَقْتُل الناس ويعدو عليهم فهو جَمَلٌ صَوُّولٌ. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادي (٢/٤).

(٢) الفحل في اللغة: الذكر من كل حيوان، والجمع فحول وأفحل. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادي (٢٨/٤).

(٣) ثبت في (ب) البهائم.

(٤) ذكره الشيخ الماوردي، انظر الحاوي الكبير (٤٥٦/١٣).

(٥) ذكره الإمام النووي، انظر روضة الطالبين (١٨٨/١٠)، انظر الحاوي الكبير للماوردي (٤٥٦/١٣).

(٦) ثبت في (ب) نفسه.

فصل

وما أتى على يد الطبيب مما لم يقصده فيه روايتان: إحداهما أنه يضمه، والأخرى أنه لا يضمه فإذا قلنا إنه يضم فلائنه قاتل خطأ فوجب أن يضم كغير الطبيب، وإذا قلنا إنه لا يضم فلائنه يولد عن فعل مباح مأذون له فيه كالإمام إذا حد إنساناً فمات.

فصل

من حفر بئراً في موضع ليس له أن يحفره فيه فعطب فيه إنسان فهو ضامن لأنه قاتل خطأ متعدد بحفره في ذلك الموضع، ولو كان في موضع له حفره لم يلزمه ضمان، وكذلك ممسك الكلب العقور عليه ضمان ما تلف به من نفس أو مال، وكذلك صاحب الحائط المستهدم إذا أشهد عليه أو بلغ من الخوف على الناس من وقوعه إلى حيث يعلم ذلك من حاله^(١)، ونكت جميع هذه المسائل تعديهم بتبعية جميع هذه الأشياء على الوجه الذي يتعدى أذاه إلى الغير وفعلهم من ذلك ما ليس لهم فعله فلزمهم ضمان ما يحدث عنه.

فصل

ولأهل المواشي إرسالها نهاراً المرعى، ويلزم أرباب الزرع والحوائط حفظها نهاراً فما أفسدته فلا شيء على أربابها لأنه مأذون لهم في إرسالها لضرورتها إلى الرعى فالتفريط من قبل أرباب الحوائط بإهمالها وترك حفظها مع علمهم بكون المواشي مرسلة ولا بد أن تعيث^(٢) وتفسد وأما ما أفسدته ليلاً فعلى أربابها ضمانه لأن عليهم حفظها ليلاً ومنع إرسالها وقال أبو حنيفة إن كان صاحبها معها فعليه الضمان وإن لم يكن معها فلا ضمان [عليه]^(٣) فاعتبر في الضمان كون صاحبها معها ولم يعتبر الليل ولا النهار^(٤)

(١) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافي لابن عبد البر (١٢٢٧/٢)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٥٦/٤).

(٢) ثبت في (ب) تعيث.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) قال الشيخ حسن بن عمار بن علي الوقائي الحنفى: ولا أى: إن لم يكن بإذنه ضمن ما تلف مطلقاً أى: إذا كان معها كما هو ظاهر كلامه أو أدخلها وأما إذا لم يكن معها ولم يدخلها لا يضم شيئاً كما فى التبيين، انظر حاشية الشيخ حسن بن عمار هامش غرر الأحكام لمنلا خسروا (١١١/٢)، الفتاوى الهندية (٥٠/٦).

ودليلنا حديث البراء أن ناقتة دخلت حائطا فأفسدته فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فقضى أن على أهل الأموال حفظها نهارا وعلى أرباب المواشي حفظها ليلا^(١)، ففرق بين الليل والنهار فسقط قول من لا يعتبرها، وقد فرقنا بينهما بما ذكرناه، وبالله التوفيق.

* * *

(١) أخرجه أبو داود في البيوع (٢٩٦/٣) ح (٣٥٦٩) وابن ماجه في الأحكام (٧٨١/٢) ح (٢٣٣٢)، والحاكم في المستدرک (٤٨/٢).

٣٠ كتاب الحدود فى الزنا

حد^(١) الزنا^(٢) حدان: رجم وجلد، والزناة نوعان: ثيب وهو المحصن، وبكر هو الذى ليس بمحصن، فالرجم للمحصن والجلد للبكر، فإذا كان الزانى محصناً رجم بالحجارة حتى يموت ولا يجلد مع الرجم رجلاً كان أو امرأة، وشروط الحصانة ثمانية: وهى البلوغ، والعقل، والإسلام، والحرية، والتزويج وصحة العقد، والوطء فيه، وأن يكون على وجه سافح غير محظور فمتى انخرم بعض هذه الشروط لم يكن الواطئ [أو الموطوءة]^(٣) محصناً ولم يرجم، وليس من شرط إحصان الزانى أن يكون المزنى بها محصنة ولا من شرط إحصان الزانية أن يزنى بها محصن فالصبيبة المطيقة تحصن البالغ وإن لم يحصنها، والمجنونة تحصن واطئها العاقل وإن لم يحصنها، وكذلك الكتائية يتزوجها المسلم والأمة، يتزوجها الحر يحصنانها وإن لم تحصنانهما.

والصبي الذى يطيق الوطء لا يحصن البالغة بخلاف الصبيبة المطيقة للوطء، والمجنون إذا روج من عاقلة ووطئها أحصنها، وكذلك العبد يتزوج^(٤) الحرة، والنكاح الفاسد لا يحصن وإن وطئ فيه على الوجه المباح^(٥)، والوطء على الوجه المحظور كالوطء فى الحيض أو فى الإحرام أو الصوم والاعتكاف أو ما أشبه ذلك لا يحصن وإن كان العقد

(١) الحد فى اللغة: الحاجز بين الشيئين ومتهى الشيء ومن كل شىء حدثه ومعنى: الدفْع والمنع وتأديب المذنب بما يمنعه وغيره عن الذنب. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (١/٢٨٦).
وفى الاصطلاح: هو ما وضع لمنع الجانى من عوده لمثل فعله وزجر غيره. انظر الثمر الدانى (ص ٥٦٨).

(٢) الزنا فى اللغة من زنى يزنى زناً وزناً، فجر وهو بالمد والقصر. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٤/٣٣٩). وفى الشرع: قال الشيخ ابن عرفة الدموقي: هو مغيب حشفة آدمى فى فرج آخر دون شبهة حله عمداً. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/٦٣٦).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٤) ثبت فى (١) يزوج.

(٥) ثبت فى (١) المبين.

صحيحاً، ونكاح الشرك لا يحصن وإن وطئ فيه إلا أن يطأها بعد الإسلام، وكذلك باقى فروع هذا الباب التى تضمنها عقده على ما وصفناه، وأما أم الولد إذا زنت بعد عتقها بوفاة سيدها لم ترجم.

فإذا اختلف الزوجان فى الوطء فأقر أحدهما وأنكره الآخر فالمنكر غير محصن، وروى ابن عبد الحكم أن المنكر لا يكون محصناً حتى يقرأ جميعاً، وقال ابن القاسم: المقر محصن والمنكر غير محصن^(١)، ويقع الإحصان بالإيلاج وإن لم ينزل.

فصل

وإنما قلنا إن حد المحصن الرجم لقوله تعالى: ﴿أَوْ يَجْعَلُ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٥] فقال ﷺ: «خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً: البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام»^(٢)، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم»^(٣)، وقوله ﷺ: «واغدوا يا أنيس على امرأة هذا فإن [اعترفت]^(٤) فارجمها»^(٥) وما روى من رجمه ﷺ ماعزاً^(٦) والغامدية^(٧)، وفى حديث عمر رضى الله عنه: لولا أن يقال عمر زاد فى كتاب الله لكتبت (الشيخ والشيخة إذا زنيا فأرجمهما البتة)^(٨)، وروى الرجم عن عمر وعثمان وعلى رضوان الله عليهم قولاً وفعلًا^(٩) ولا خلاف فيه^(١٠)، ولا يتلفت إلى ما يحكى عن الخوارج من نفيه.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (١٠٦٩/٢).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ، هـ).

(٣) أخرجه البخارى فى الصلح (٣٥٥/٥) ح (٢٦٩٥) (٢٦٩٦)، ومسلم فى الحدود (٣/١٣٢٤) - (١٣٢٥) ح (١٦٩٧) - (١٦٩٨).

(٤) ثبت فى (ب) أفرت.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه البخارى فى الحدود (١٣٨/١٢) ح (٦٨٢٤)، ومسلم فى الحدود (٣/١٣٢٠) ح (١٦٩٣/١٩).

(٧) أخرجه مسلم فى الحدود (١٣٢٣/٣) ح (١٦٩٥/٢٣)، والبيهقى فى الكبرى (٨/٣٩٤) ح (١٦٩٩٣).

(٨) أخرجه مالك فى موطنه. كتاب الحدود (٨٢٦/٢).

(٩) ذكره ابن المنذر. وقال: وهو قول مالك وأهل المدينة والأوزاعى وأهل الشام وسفيان الثورى وسائر أهل العراق وبه قال الشافعى وأحمد وإسحاق وأبو ثور والنعمان ومحمد وهو قول عوام أهل الفتيا من علماء الأمصار. انظر الإشراف (٦/٣).

(١٠) ذكره ابن المنذر فى الإجماع والإشراف. وقال ابن قدامة المقدسى: هذا قول عامة أهل العلم =

فصل

وإنما قلنا لا يجلد مع الرجم خلافاً لداود^(١)، لما روى أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ فقال أحدهما إن ابنى كان عسيقاً على هذا فزنا بامرأته فأخبرونى أن على ابنى الرجم فافتديته بمائة شاة وبجارية ثم سألت فأخبرونى أن على ابنى جلد مائة وتغريب عام وإنما الرجم على امرأته فقال ﷺ: «أما غنمك وجاريتك فرد عليك» وجلد ابنه مائة وغربه عاماً، وأمر أنيساً أن يأتى امرأة الآخر فإن اعترفت^(٢) رجمها فاعترفت فرجمها^(٣)، وفى طريق آخر «فاغدوا يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»^(٤) فيه دليلان: أحدهما أنه أمره أن يرميها ولم يأمره بالجلد، وقد علم أنه إنما أنفذه ليقيم الحد لا لغير ذلك.

والثانى أنه فرق بينه وبينها فقال: (وعلى ابنك جلد مائة واغدوا يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها) فدل أن الجلد فى خبره دونها، وروى أنه ﷺ رجم ماعزاً ولم يجلده وكذلك الغامدية^(٥)، ولأنه معنى يوجب القتل لحق الله تعالى ولم يوجب الجلد مع القتل كالردة.

فصل

وإنما قلنا إن العقل من شروط الإحصان لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة...» فذكر: «المجنون حتى يفيق»^(٦)، ولأن الحد عقوبة على معصية وكل ذلك تكليف والعقل

= من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من علماء الأمصار فى جميع الأعصار ولا نعلم فيه مخالفاً إلا الخوارج. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١٢)، انظر الإشراف (٦/٣)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/١٢٠).

(١) وهو رواية عن أحمد بن حنبل وفعله على بن أبى طالب وبه قال ابن عباس وأبى بن كعب، وبه قال الحسن وإسحاق بن راهويه. انظر الإشراف لابن المنذر (٧/٣)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/١٢٤).

(٢) ثبت فى (ب).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) تقدم تخريجه.

شرط فى ثبوته، ولا خلاف فيه^(١).

فصل

وإنما شرطنا البلوغ للخبر، ولأن من دون البلوغ^(٢) لا يكلف بدليل أنه لا حد فى قذفه ولا يلزمه قصاص بقتله.

فصل

وإنما شرطنا الإسلام خلافاً للشافعى^(٣)، لأن الإحصان حكم شرعى جعل للفضيلة فى الإسلام منتف مع الكفر، ولأن هذه^(٤) الحدود يعتبر فيها الفضيلة فحد المحصن الرجم بفضيلته على البكر، وحد الحر مائة لفضيلته على العبد، ونقص الكفر يمنع أن يثبت له حكم فضيلته، ولأن من شرط الإحصان صحة النكاح الذى يظاً فيه أنكحة الكفار الفاسدة.

فصل

وإنما شرطنا الحرية لأن العبد حده على النصف من حد الحر والرجم لا يتنصف جميعه عنه، ولأنه لما نقص عن الحر فى الجلد الذى هو^(٥) أخف لنقصه بالرق كان بأن يسقط عنه الرجم أولى.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون متزوجاً للإجماع على ذلك^(٦)، ولأن النكاح يقع عليه اسم الإحصان لقوله عز وجل: ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب﴾ [المائدة: ٨] وقوله: ﴿والمحصنات من النساء﴾ [النساء: ٢٤].

(١) ذكره ابن قدامة فى المغنى. وقال: وهو قول أكثر أهل العلم. انظر المغنى لموفق الدين (١٠/١٢٨)، انظر فتح البارى (١٢/١٢٣).

(٢) ثبت فى (١) البالغ.

(٣) انظر المهذب للشيرازى (٢/٢٦٦) وذكره الشيخ الماوردى. انظر الحاوى الكبير (١٣/١٩٨).

(٤) ثبت فى (ب) زيادة.

(٥) ثبت فى (١) هذا.

(٦) انظر المغنى لموفق الدين (١٠/١٢٦)، انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١٢)، انظر فتح البارى (١٢/١٢٠).

فصل

وإنما شرطنا أن يكون العقد صحيحاً لأن النكاح الفاسد لا يتناوله اسم الإحصان لأنه وطء غير مباح بعقد فلم يتناوله اسم الإحصان كالوطء بشبهة وإنما شرطنا الوطء لأن العفاف لا يحصل بمجرد العقد دونه والإجماع على ذلك^(١).

فصل

وإنما شرطنا جواز الوطء لأنه أحد شروط الإحصان فكان من شرطه الإباحة كالعقد، ولأنه وطء محرم بالشرع كالزنا.

فصل

وإنما شرط في إحصان أحدهما إحصان الآخر خلافاً لأبي حنيفة^(٢)، لأنه حر مكلف وطئاً بنكاح صحيح وطئاً مباحاً فكان محصناً به، أصله إذا كانا كاملين^(٣).

فصل

وإنما فرقنا بين الصبي المطلق للوطء وبين الصبية المطوقة للوطء فقلنا إنها تحصن الكبير وأنه لا تحصن الكبيرة لأن وطء [الصبي]^(٤) ناقص غير تام بدليل أنه لا يجب به حد ولا يحلها للزوج الأول ولا يكمل لها به لذة كوطء البالغ، وليس كذلك الصبية المطوقة للوطء لأن كل هذه الأحكام الحاصلة بوطء البالغة^(٥) تحصل للكبير بوطء المراهقة، وإذا كان كذلك أحصنت ولم تحصن الصبي من وطئها، وقد أتى ما ذكرناه على شرح الفروع التي قدمناها.

(١) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١٢)، انظر فتح الباري (١٢/ ١٢٠)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠٠/ ١٢٦).

(٢) في أنه يشترط أنه يكون الواطئ والموطوءة على صفة الإحصان. انظر الهداية للمرغيناني (١)، ٢/ ٣٨٥، انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٢٧٣).

(٣) ثبت في (١) كاملتين.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) ثبت في (١) البالغ.

فصل

وإنما قلنا إن أم الولد إذا زنت بعد وفاة سيدها لم ترجم لأنها غير محصنة، ولأنها لم يحصل لها من شروط الإحصان بعد البلوغ والعقل والإسلام إلا الحرية وذلك غير موجب لها الإحصان.

فصل

ووجه قوله إن إنكار أحدهما يمنع كون الآخر محصناً أن ذلك شبهة لأنه لا يجوز أن يكون أقر بالوطء لغرض له لا أنه كان وطئ حقيقة، ووجه قوله إنه يكون محصناً اعتباراً بإقرارهما، ولأن تكذيبها له لا يخرجها^(١) عما يلزمه مما يقر به على نفسه من حقوق الله تعالى، أصله إذا أقر أنه زنى بها وهى تنكر، أن ذلك لا يسقط الحد عنه.

فصل

وإنما قلنا إن الإيلاج يكفى فلأن اس الوطء يقع عليه، ولأنه ﷺ لما قرر^(٢) ما عزا لم يزه على أن أقر عنده بالإيلاج ولم يطلب منه زيادة على ذلك، ولأن سائر الأحكام المتعلقة بالوطء تتعلق بالإيلاج فقط من وجوب الغسل والمهر والحد والإحلال للزوج الأول وغير ذلك، فكذا الإحصان الواجب عنه.

(١) ثبت فى (هـ) لا يخرجهما.

(٢) ثبت فى (١) أقر.

باب

فأما حد الزانى البكر فإنه يختلف باختلاف أقسام الأبكار، ولا يخلو الزانى البكر من ثلاثة أقسام: أحدها أن يكون رجلاً حراً، والثانى أن تكون امرأة حرة، والثالث أن يكون مملوكاً ولا يختلف حال المملوك بالذكورة والأنوثة، فأما الرجل الحر فحده مائة [جلدة]^(١) وتغريب عام وهو نفية إلى غير بلده وحبس فيه سنة، وأما المرأة الحرة فحدها جلد مائة من غير تغريب، وأما العبد ومن فيه بقية رق فحده خمسون جلدة من غير تغريب.

فصل

وإنما قلنا إن الرجل والمرأة يجلدان مائة جلدة لقوله تعالى: ﴿الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور: ٢٢]، وللأخبار التى رويناهما.

فصل

وإنما قلنا إنه يغرب الرجل مع الجلد عاماً خلافاً لأبى حنيفة فى قوله لا يجب التغريب إلا على طريق التعزير إن رآه الإمام^(٢)، لقوله ﷺ: «والبكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام»^(٣)، وقوله ﷺ: «لا قضين بينكما بكتاب الله عز وجل» وجلد ابن الرجل الذى سألته مائة وغربه عاماً^(٤). وليس فيه^(٥) قياس يتحرر^(٦) على التحقيق.

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ذكره الشيخ الموصلى فى الاختيار. انظر الاختيار (٣/ ٢٧٠، ٢٧١)، انظر الهداية للمريغينانى (١، ٢/ ٣٨٦).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ثبت فى (هـ) فى ذلك.

(٦) ثبت فى (هـ) مجرد.

فصل

وإنما قلنا إن المرأة لا تغرب خلافاً للشافعى^(١)، لقوله تعالى: ﴿الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [التور: ٢٤]، ولأن التغريب فى الرجل عقوبة له ينقطع عن [ولده]^(٢) وأهله [وعن بلده]^(٣) ومعاشه وتلحقه الذلة بنفيه إلى غير بلده وليس فيه ما فى المرأة من الحاجة إلى المراجعة فى الحفظ ومنع السفر، والمرأة محتاجة إلى الصيانة والحفظ والمراجعة أكثر من حاجة الرجل ففى تغريبها تعريض لها للهلك الذى هو ضد الصيانة ومواقعة مثل ما غربت لأجل مواقعتها له وذلك إغراء، لا ردع ورجر فامتنع لهذا التناقض إيجاب التغريب على المرأة.

فصل

وإنما قلنا إن حد الأمة على النصف من حد الحرة لقوله تعالى: ﴿فإن أثبت بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ [النساء: ٢٥]، وإنما قلنا إن العبد فى ذلك كالأمة لاجتماعهم فى نقص الرق.

فصل

وإنما قلنا لا تغريب على عبد ولا أمة خلافاً للشافعى^(٤)، للظاهر ولقوله ﷺ: «إذا زنت أمة أحدكم فليحدها، ثم إن زنت فليحدها، ثم قال فى الرابعة: فليبعها ولو بضفير»^(٥) فيه دليلان: أحدهما أنه سئل عن حدهما فذكر الجلد ولم يذكر التغريب،
(١) وهو قول جمهور العلماء انظر الأم للشافعى (١١٩/٦)، انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٩٣/١٣)، انظر المغنى لموفق الدين (١٣٣/١٠).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) وهو أحد قولى الشافعى وهو الصحيح كما قال الشيخ الشيرازى. والقول الثانى أنه لا تغريب عليهما. وروى هذا القول عن ابن عمر ويه قال أبو ثور. انظر المذهب للشيرازى (٢٦٧/٢).

وزاد الشيخ الماوردى قولاً ثالثاً: أنه يغرب نصف سنة. انظر الحاوى الكبير للماوردى (٢٠٦/١٣)، انظر الإشراف لابن المنذر (٢٣/٣).

(٥) قال الفيروزآبادى: ضَفَرُ الشعر نسج بعضه على بعض والحبل قتله والضَفَرُ ما يشد به البعير. انظر القاموس المحيط (٧٦/٢).

(٦) أخرجه البخارى فى البيوع (٤٣٢/٤) ح (٢١٥٢)، ومسلم فى الحدود (١٣٢٩/٣) ح (١٧٠٣/٣٢).

والثاني أنه كرر ذكر الجلد فلو كان التغريب واجباً في الحد لكان الأولى أن يذكر، ولأن التغريب على الحر لينقطع عن وطنه ومعاشه ويلحقه ذلة بذلك فيرتدع والعبد لا وطن له ولا معيشة فينقطع^(١) عنها بتغريبه، ولأنه لو كان التغريب واجباً عليه لكان على النصف من تغريب الحر كالجلد.

(١) ثبت في (أ) فيقطعه.

باب

الزنا يثبت بثلاثة أشياء: أحدها الإقرار، والثاني البينة، والثالث ظهور الحمل من غير ملك ولا شبهة ولا ظهور أمانة دالة على استكراه^(١).

فصل

فأما الإقرار فالأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ [الأنعام: ١٦٤] وقوله ﷺ: «من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله فإنه من يبد لنا صفحته نقم عليه حد الله»^(٢)، وقوله ﷺ: «واغدو يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»^(٣)، ولأنه ﷺ رجم ماعزاً والغامدية بإقرارهما^(٤)، ولأنه مكلف أقر على نفسه بحق فوجب إقراره كسائر الحقوق.

فصل

وإقراره مرة كاف في وجوب الحد عليه خلافاً لأبى حنيفة في قوله إنه يحتاج إلى تكرار^(٥) الإقرار أربع مرات^(٦)، للظواهر التي ذكرناها وعمومها يقتضى المرة الواحدة، ولأن الإقرار في سائر الحقوق لا يفتقر إلى التكرار فكذلك الزنا، ولأنه إقرار من مكلف بالزنا على نفيه فوجب أن يلزمه به الحد، أصله إذا كرره، واعتباراً بالخامسة والسادسة.

فصل

ومن شرط الإقرار أن يقيم عليه فإن رجع فذلك على وجهين: فإن ادعى شبهة أو أمراً يعذر به مثل: أن يقول وطئت في نكاح فاسد أو دخلت على امرأتى فوطئتها [وأنا

(١) ثبت في (١) على استكراه.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ في الحدود (٨٢٥/٢) ح (١٢)، والبيهقي في الكبرى (٥٧٢/٨) ح (١٧٥٩٩)، وانظر تلخيص الحبير للحافظ ابن حجر (٩٤/٤) ح (١٥).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ثبت في (١) تكرير.

(٦) ذكره الشيخ الموصلي. انظر الاختيار (٢٦٥/٣)، انظر الهداية للمرغيناني (٣٩٢/٢، ١).

لا أعلم، أو رأيت امرأة على فراشى فظننتها امرأتى فوطئتها^(١)، أو وطئت جارية بينى وبين غيرى وما أشبه ذلك مما يجوز أن يذهب على العامة ومن لا علم عنده فإن هذا يعذر به ويقبل رجوعه عنه لإمكان أن يكون الأمر على ما قاله والحد يدرأ بالشبهة، وأما إن أكذب نفسه لا إلى شبهة يعذر بها ففيها روايتان: إحداهما أنه يقبل والأخرى لا يقبل منه [فوجه قوله إنه يقبل]^(٢) منه وهو قول أبى حنيفة^(٣) والشافعى^(٤)، قوله ﷺ لما عز: (لعلك لمست: لعلك قبلت)^(٥)، وفائدة ذلك قبول رجوعه إن رجع وقوله لما هرب: (هلا تركتموه)^(٦)، ولأنه معنى يوجب القتل لا يتعلق به حق آدمى فإذا رجع عنه سقط عنه، أصله الردة، ولأنه قول إذا تم لزم به حد الزنا فوجب أن يكون الرجوع عنه مسقطاً للحد، أصله رجوع الشاهد، ووجه قوله لا يقبل منه قوله: «من أصاب من هذه القاذورات فليست بستر الله فإنه من يبد لنا صفحته نقم عليه كتاب الله»^(٧)، وقوله ﷺ «فإن اعترفت فارجمها»^(٨)، ولأنه أقر على نفسه بحق لزمه بإقراره فلم يسقط بإكذابه نفسه، أصله حقوق الآدميين.

فصل

فأما الشهادة فالأصل فيها قوله تعالى: ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا﴾ [النساء: ١٥]، وقوله تعالى: ﴿والذين يرمسون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور: ٤]، وقول سعدى يا رسول الله أرأيت إن وجدت مع امرأتى رجلاً أمهله حتى أتى بأربعة شهود قال: نعم^(٩).

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) قال الشيخ الموصلى: وإذا رجع عن إقراره قبل الحد أو فى وسطه خلى سبيله لأن رجوعه إخبار يحتمل الصدق كالإقرار ولا مكذب له. انظر الاختيار (٢/٢٦٦)، انظر الهداية للمرغينانى (٢/٣٨٢)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/٦١).

(٤) ذكره فى المذهب. انظر المذهب للشيرازى (٢/٢٧٢)، انظر معنى المحتاج (٤/١٥٠).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) تقدم تخريجه.

(٩) أخرجه مسلم فى اللعان (٢/١١٣٥) ح (١٥/١٤٩٨)، ومالك فى الموطأ فى الاقضية (٢/٧٣٧) ح (١٧)، وأحمد فى المسند (٢/٦١٢) ح (٢٠-١٠٠).

فصل

وعدد الشهود أربعة لما ذكرناه، ولأنه إجماع الصحابة^(١) لأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه جلد الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة بالزنا لما توقف الرابع^(٢)، ولا يقبل فيه النساء لأنه حكم [يثبت]^(٣) فى البدن لا يختص النساء بالاطلاع عليه فلم يقبل إلا الرجال كالطلاق والعناق والقتل.

فصل

ومن شرط الشهادة بالزنا أن تكون فى مجلس واحد فإن افتقرت فى مجالس فالشهود قذفة عند مالك، وقال عبد الملك وهو قول الشافعى تقبل شهادتهم مجتمعين ومفرقين^(٤)، فوجه قول مالك أنه معنى لو لم ينضم إلى شهادة الشاهد كانت شهادته قذفاً فوجب أن يؤخذ معها عند إقامتها لا متراخياً عنها، أصله لفظ الشهادة وصفة الرؤية، فيقيس كمال العدد فى المجلس على لفظ الشهادة، ووجه قول عبد الملك أنه حق يثبت بشهادة الشهود إذا جاءوا مجتمعين فوجب أن يثبت بهم وإن جاءوا مفترقين كالشهادة على القتل والسرقة.

فصل

ومن شرطها أن يشهد الشهود على المعاينة أنهم رأوا فرجه فى فرجها كالمرود فى المكحلة، وإنما قلنا ذلك لجواز أن يظهر من تفصيلهم ما يسقط به الحدد فإن لم يفصلوا وشهدوا [مجملاً]^(٥) أنهم رأوه يزنى بها الزنا الموجب للحد قال [ابن القاسم: لا يحد المشهود عليه ويحد الشهود ويكونون قذفة]^(٦)، ومن أصحابنا من يقول إذا كان الشهود

(١) قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم لا اختلاف بينهم أن الشهادة على الزنا أربعة لا يقبل منهم أقل من ذلك. انظر الإشراف لابن المنذر (٣/٣٥)، انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١٣)

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٨/٤٠٨) ح (٤٢٠٤٢).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) قال الشيخ الماوردى: لا فرق فى الشهادة على الزنا بين أن يفرق الشهود فى أدائها أو يجتمعوا عليها. انظر الحاوى الكبير (١٣/٢٢٨).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فقهاء، والقاضى فقيهاً وكانوا على مذهب واحد وشهد الشهود أنهم رأوه يزنى الزنا الموجب للحد فيجوز للحاكم أن يقتصر على هذا القدر منهم ولا يكلفهم التفصيل.

فصل

إذا شهد الثلاثة وشك الرابع فلم يشهد حد [الثلاثة ولا حد على الرابع ولا على المشهود عليه، وإنما قلنا يحد]^(١) الثلاثة خلافاً لأحد قولى الشافعى^(٢)، لإجماع الصحابة لأن عمر رضى الله عنه جلد الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة لما توقف الرابع وهو زياد ولم يقطع، وقال لأبى بكره تب وأقبل شهادتك، وروى عن على رضى الله عنه مثله^(٣)، ولأنهم أدخلوا المعرة [عليه]^(٤) بإضافة الزنا إليه بسبب لم تسقط حصانته وكانوا قذفة، أصله إذا قذفوه ابتداء، وإنما قلنا لا يحد الرابع لأنه لم يكن منه رمى لأنه لم يفصح^(٥) شيئاً يلزمه به حكم، وإنما قلنا إنه لا يحد المشهود عليه لأن البيعة لم تقم عليه لأن العدد شرط فى كون الشهادة كاملة^(٦)، ولأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه لم يحد المغيرة لما لم يتم عدد الشهود.

فصل

وأما إن شهد الأربعة وتمت الشهادة ثم شك أحدهم أو رجع: فإن كان قبل إقامة الحد جلد الجميع ولم يحد المشهود عليه، وإن كان بعد إقامة الحد جلد الشاك أو الراجع وحده، وإنما فرقنا بين الموضعين لأن الشك والرجوع إذا كان بعد تمام الشهادة يجعل الراجع قاذفاً لأن الذى حصل منه علماً [كان مقيماً مع بقية الشهود كان شهادة]^(٧) فلما رجع عنه أو شك فيه بعد حصوله منه كان ذلك قذفاً لأنه غير محكوم بكونه شهادة فلم

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) انظر المذهب للشيرازى حيث قال: المنصوص أنه لا حد عليهم قولاً واحداً ومن أصحابنا من قال فى حدهم قولان وهو ضعيف. انظر المذهب للشيرازى (٣٣٣/٢)، الحاوى الكبير للمواردى (٢٣١/١٣).

(٣) انظر المحلى لابن حزم (٢٥٩/١١).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) ثبت فى (أ) يقبل.

(٦) ثبت فى (ب) الشهود بيعة.

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

يبقى إلا القذف، فإن كان ذلك قبل مضى الحد جلد الكل لأن الجميع^(١) قذفة لأن الشهادة لم تحصل منهم برجوع الواحد، فإن كان رجوعه بعد مضى الحد جلد الراجع وحده لأنه مقر على نفسه بالقذف ولم يحد الباقي لأن الشهادة قد تمت وحكم بها فلا سبيل إلى نقضها، ورجوع هذا قذف مستأنف وتكذيب منه لنفسه ولهم فقبل فيما عليه ولم يقبل فيما يلزم غيره به حكم لنفوذ الحكم، ثم القول فيما يلزم الراجع من قصاص أو غرم فيما تلف بشهادته يذكر فيما بعد.

فصل

المقر بالزنا لا تلزم مطالبته بحكاية الفعل وصفته إياه خلافاً للشهود إلا أن يتهم بغفلة أو جهل فيتكشف^(٢)، كما فعل ﷺ لما عزم، والفرق بين الإقرار والشهادة أن ما يلزم الإنسان بإقراره أبلغ وأقوى مما يلزمه بالشهادة ألا ترى أنه يقبل إقراره على نفسه عدلاً كان أو فاسقاً حراً كان أو عبداً رجلاً كان أو امرأة، ولا يقبل في الشهادة الفاسق ولا العبد ولا المرأة، ولأن الشهود قد غلظ عليهم في ذلك ما لم يغلظ [في ذلك]^(٣) على المقر لأنه لا ضرورة بهم إلى الشهادة على غيرهم، والمقر ليس بشاهد على غيره وإنما هو مخبر عن نفسه.

مسألة

التوبة لا تسقط الحد في الزنا والسرقة والشرب خلافاً للشافعي^(٤)، لقوله عز وجل: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور: ٢] وقال ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة: ٣٨] ولم يفرق، وقوله ﷺ «فإنه من يبد لنا صفحته نقم عليه الحد»^(٥) ولم يفرق، وقوله في ماعز: «لقد تاب توبة لو قسمت على أهل

(١) ثبت في (ب) قذفه.

(٢) ثبت في (ب) مستكشف.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) وهو قول عند الشافعية. وقال الشيخ الشيرازي وهو الصحيح. والقول الثاني: أنه لا يسقط بالتوبة. انظر المذهب للشيرازي (٢/ ٢٨٥).

وقال الشيخ هو أظهر قول الشافعي. انظر الحاوي الكبير (١٣/ ٣٧٠).

(٥) تقدم تخريجه.

الأرض لو سعتهم»^(١)، وفى حديث آخر^(٢) «لو تابها صاحب مكس لغفر له»^(٣)، ولأنه أمر مستتر به فلم تقبل التوبة فيه كالزندق، ولأن الحد تحصين للإنسان ففى إسقاطه روال ذلك المعنى، ولأن التوبة فيما لم يفترق له الحكم فيما بين القدرة عليه أو عدمها لم يسقط الحد كالقذف والقتل، وبهذا فارق الحراة.

فصل

إذا ظهر حمل بحرة أو أمة ولا يعلم لها زوج، ولا سيد الأمة مقر بوطئها: بل منكر والحرة مقيمة ليست بغريبة بأنها تحد ولا يقبل قولها إن قالت: غصبت أو استكرهت إلا أن يظهر أمانة على ذلك بأن يرى بها أثر دم أو شاهد منها استغاثه أو صياح أو ما أشبه ذلك مما يعلم معه فى الظاهر صدقها، وقال أبو حنيفة^(٤) والشافعى لا حد عليها على كل وجه إلا أن تقر بأنها زنت أو تقوم بينة^(٥)، ودليلنا حديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال: الرجم فى كتاب الله حق على من زنى إذا أحصن من الرجال أو النساء إذا قامت بينة أو كان الحمل أو الاعتراف^(٦)، ولا مخالف له، ولأن إسقاط الحد ذريعة إلى أن لا يقام^(٧) حد فى زناة، ولأن كل من وجد بها حمل أو شوهد معها من يطؤها ادعى الزوجية فيصير ذلك طريقاً إلى إبطاله فلا يمكن إقامته، ولأن الاتفاق حاصل على أن الحد يلزم بشهادة الشهود، وأن ادعاء الزوجية غير مقبول مع الشهود، وقد علمنا أن الشهود إنما يشهدون على الظاهر لا على الحقيقة والقطع، والظاهر فى مسألتنا الزنا لأن الوطء ثابت بظهور الحمل ولا أمانة على ما يدعونه ولا علامة فلا يجب ترك الظاهر بقولهما ولهذا قلنا إنهما لا يحدان إذا كانا غريبين لإمكان أن يكون الأمر على ما قالاه، وليس فى^(٨) تصديقهما نفى الظاهر ولا ذريعة إلى إسقاط الحد.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ثبت فى (ب) وفى الغامدية.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ذكره الشيخ الكاسانى. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (١٨١/٧)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (١٥٠/٢).

(٥) انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٥٠٣).

(٦) أخرجه البخارى فى الحدود (١٤٨/١٢) ح (٦٨٣٠)، ومسلم فى الحدود (١٣١٧/٣) ح (١٦٩١/١٥).

(٧) ثبت فى (أ) إلى أن يقيم.

(٨) ثبت فى (ب) (على ما قلنا وإذا).

فصل

الشهادة على الشهادة في حد الزنا جائز^(١) لما يذكر في باب الشهادة، وقد بينا أن شهود الأصل لابد أن يكونوا أربعة، وأما شهود الفرع فمختلف فيه على روايتين: أحدهما أنه لابد أن يشهد على شهادة كل واحد أربعة فإن كان على كل واحد أربعة غير الأربعة الذين شهدوا على واحد جاز، والأخرى أنه إن شهد اثنان على كل واحد من شهود الأصل جاز والأولى هي الصحيح لأن الزنا لا يحد فيه إلا بأربعة ومتى قبلنا شهادة شاهدين على الأربعة أدى ذلك إلى أن يقام الحد بشهادة اثنين [وذلك غير جائز]^(٢)، ولأن شهود الفرع أضعف من شهود الأصل لأن النقل فرع عن الأصل فإذا كان الأصل لابد فيه من أربعة فكذلك النقل.

فصل

لا يقبل في الشهادة على الزنا إلا أربعة يشهدون على فعل واحد: فإن اختلف الفعل الذي يشهدون عليه مثل أن يشهد اثنان أنهما رأياه يزني بها في هذه الزاوية ويشهد اثنان في الزاوية الأخرى فلا تقبل هذه الشهادة ويحد الشهود وقال أبو حنيفة عليه الحد^(٣)، فدللنا أن الاختلاف في المكان جاز مجرى الاختلاف في الزمان من باب أن الفعل في مكان غير الفعل في غيره من الأماكن كما أن [الفعل]^(٤) في زمان غير الفعل في زمان غيره، وقد ثبت أنهم لو شهدوا عليه فقال أحدهما أشهد أنه زنى يوم السبت وقال الآخر يوم الأحد لم يجب عليه حد كذلك في المكان.

مسألة

إذا وجد على فراشه امرأة فظن أنها زوجته فوطئها فلا حد عليه، خلافاً لأبي حنيفة في قوله أنه يحد ولا يقبل منه ذلك إلا أن يكون ليلة الزفاف^(٥)، لأنه وطئ من يعتقد

(١) ثبت في (ب) مقبولة.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ا).

(٣) ذكره الشيخ المرغيناني في الهداية. وقال: وهذا استحسان، والقياس أنه لا يجب الحد لاختلاف المكان حقيقة. انظر الهداية للمرغيناني (١، ٢/٣٩٤)، انظر بدائع الصنائع للكاساني (٤٩/٧).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) ذكره الشيخ الموصلي في الاختيار. انظر الاختيار للموصلي (٣/٢٧٧)، انظر الهداية للمرغيناني (١، ٢/٣٨٩).

أنها زوجته فلم يلزمه حد، أصله إذا رقت إليه امرأة وقيل: إنها زوجتك وكانت غيرها.

فصل

العوارض التى تؤخر لها إقامة الحدود ثلاثة:

أحدها: معنى فى المحدود لا يتعلق بغيره.

والثانى: معنى موجود به يتعلق بغيره.

والثالث: معنى منفصل منه.

فأما الموجود به الذى لا يتعلق بغيره كالمرض وذلك كالحمى الشديدة، ووجع الجوف أو الكبد أو غير ذلك من أنواع الأمراض التى يخاف معها^(١) تلفه فهذا يوجب تأخير الحد عنه إلى برئه، والدليل عليه أن المقصود من الحد الردع والزجر دون الإتلاف يبين ذلك أن الله تعالى فرق بين الحدود فجعل فى بعضها الرجم وفى بعضها الجلد، ولأن الإمام يجلد بسوط بين السوطين خيفة القتل، فإذا ثبت ذلك ثم خيف على المريض القتل وجب تأخير.

وأما الموجود به المتعلق بغيره فهو الحمل وذلك يقتضى التأخير لأنها لو جلدت لأدى إلى إتلافه، وأما المنفصل منه فالزمان يخاف منه تلف المحدود وذلك أن الجراح فى شدة البرد يعظم الخطر فيه فيؤدى إلى التلف غالباً هذا كله فى الجلد والقطع، وأما فى الرجم فلا يؤخر لمرض ولا لشدة برد، ويؤخر فى الجلد والرجم فى الحمل حتى تضع لثلاً يتلف الحمل، ولذلك قال رسول الله ﷺ للغامدية، (اذهبي حتى تضعي)^(٢)، وتأخر بعد الوضع فى الجلد لتغتسل من نفاسها لأن النفاس مرض لا يؤمن معه إذا جلدت التلف، وفى الرجم تؤخر حتى يوجد من يرضع الصبى. فإن وجد من يرضعه رجمت حتى تطفمه وينحو ذلك روى مالك فى الموطأ^(٣).

(١) ثبت فى (ب) منها.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) الموطأ للإمام مالك: كتاب الحدود (٢/٨٢١، ٨٢٥).

فصل

ومن وطئ جارية له فيها شرك فلا حد عليه لوجود الشبهة في وطئه باختلاط ملكه بملك شريكه، ويلحق به الولد لشبهة الملك، وإن حملت قُومٌ على الواطئ نصيب شريكه لا يختلف قوله فيه لأنه لما لحق الولد به وثبتت حرته^(١)، اكتسبت الأمة الحرية، فإن لم تحمل فقد اختلف قوله في تقويم نصيب الشريك عليه: فوجه قوله أنه تقوم عليه فلتكامل الشبهة له في سقوط الحد عنه بتمليكه نصيب شريكه، ووجه قوله لا تجب التقويم عليه^(٢) أنه بمنزلة من وطئ أمة على فراشه لأن وطأه إياها شبهة لا توجب التقويم عليه.

فصل

ومن زنى بجارية أبيه فعليه الحد وإن زنى بجارية ولده فلا حد عليه، والفرق بينهما أن للأب شبهة في قتل ولده فإن وطئ أمته كان كالواطئ أمة له فيها شرك ولا يحد لشبهة الملك، والولد لا شبهة له في مال أبيه ألا ترى أنه يتزوج أمة أبيه والأب لا يتزوج أمة ابنه فيكون زانيًا بمن لا شبهة له في ملكها فعليه الحد.

فصل

ومن اغتصب حرة فزنى بها فعليه الحد حرًا كان أو عبدًا لعموم قوله تعالى: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور: ٢٢] ولم يفرق بين الغصب والطوع، ولا حد عليها لأنها ليست بزانية لأن الإكراه ينفي الزنا، ولأنه لم يكن منها فعل ينسب إليها به الزنا.

فصل

وعليه صداق مثلها بكرًا كانت أو ثيبًا^(٣) خلافاً لأبي حنيفة في قوله لا صداق عليه^(٤)

(١) ثبت في (١) حرته.

(٢) ثبت في (ب) لا يقوم عليه.

(٣) هذه إحدى الروايتين عن الإمام مالك وقال ابن عبد البر: هو تحصيل مذهب مالك، والرواية الثانية: أنه لا صداق عليها. انظر الكافي لابن عبد البر (١٠٧٣/٢، ١٠٧٤).

(٤) ليس هذا مذهب أبي حنيفة وأما مذهبه أنه يجب عليه الصداق. قال الشيخ الكاساني: ويجب =

لأنها حرة موطوءة لا حد عليها في وطئها فوجب أن يلزم واطئها صداقها، أصله إذا وطئت بشبهة، وإن كان عبداً فإن اقتداه سيده بصداق المثل وإلا أسلمه لأن ذلك أرش الجناية.

فصل

والحر إذا استكره أمة فوطئها فعليه الحد وما نقص من قيمتها ولا صداق عليه^(١) لأنها جنائية على مال فروعى فيها نقصه دون الصداق وغلب عليها حكم الجنائية^(٢) على الأموال اعتباراً به لو جرحها أو قطع عضواً من أعضائها، وإن كان عبداً فذلك في رقبته إلا أن يفتديه^(٣) سيده، وإن لم يؤثر الوطء نقصاً فلا شيء على الواطيء حرراً كان أو عبداً سوى الحد فقط.

فصل

إذا استكره الذمي^(٤) حرة مسلمة قتل^(٥) لأنه بذلك ناقض العهد فقد أضاع دم نفسه وقد صار له حكم أهل الحرب، وإن استكره أمة فعليه ما نقص من ثمنها بكرراً كانت أو ثيباً لأنها جنائية على مال فلا يقتل بالجنائية على الأموال والفصل بين استكراهه للحررة والامة أن الامة قد يصح له ملكها وهو إذا أسلمت أمته أو ابتاع مسلمة عن إحدى الروائتين، والحررة لا يصح له وطؤها بحال لأنها لا توطأ إلا بعقد نكاح وذلك لا يصح فيه.

فصل

إذا زنى المسلم بنصرانية فعليه الحد لعموم الظواهر والأخبار واعتباراً بالمسلمة، فإن
= العقد على المكر لأن الزنا في دار الإسلام لا يخلو عن إحدى الغرامتين. انظر بدائع الصنائع (١٨٠/٧)، انظر الفتاوى الهندية (١٥٠/٢).

(١) انظر المدونة (٢٨١/٤).

(٢) ثبت في (ب) (الجنائيات).

(٣) ثبت في (ب) (يفديه).

(٤) ثبت في (ب، هـ) (النصراني).

(٥) ذكره ابن عبد البر في الكافي. انظر الكافي لابن عبد البر (١٠٧٣/٢)، انظر الثمر الداني (ص ٥٩٤).

اغتصابها فالحكم فيها كالحكم في المسلمة ، فإن طأوعته فلا حد عليها خلافاً لأبي حنيفة^(١) والشافعي^(٢) ، لأنه فعل يجب فيه الحد لحق الله تعالى على التجريد ولا يؤخذ به أهل الذمة كالشرب ، ولا يلزم عليه القتل والسرقة والقذف لأنها حق الله أو للآدميين على التجريد ألا ترى أنه لو سرق أو قذف أو قتل ثم أسلم لأقيم ذلك عليه بعد إسلامه .

فصل

للسيد أن يقيم على عبده وأمه حد الزنا والشرب في الجملة خلافاً لأبي حنيفة^(٣) ، لقوله ﷺ: «أقيموا الحدود على ما ملكت أيما نكم»^(٤) ، وقوله: «إذا زنت أمة أحدكم فليحدها»^(٥) ، ولأن له أن يجلد بها بحق الملك كالإمام .

فصل

وهذا إذا كانت لا زوج لها وكان زوجها عبداً للسيد ، فأما إن كان لها زوج حر أو عبد لغير السيد فلا يقيم سيدها عليه الحد لأن في ذلك تصرفاً في حق الغير وإبطال فراشه ولا يد للسيد على ملك غيره .

فصل

وهذا إذا ظهر حمل أو قامت بينة أو إقرار ، فأما برؤية السيد وعلمه^(٦) ففيه روايتان : [أحدهما سقوطه ، والأخرى ثبوته]^(٧) فوجه سقوط ذلك اعتباراً^(٨) بالإمام ، ووجه إثباته

(١) ذكره ملك العلماء الكاساني . انظر بدائع الصنائع للكاساني (٣٨/٧) .

(٢) ذكره الشيخ الشيرازي . انظر المهذب (٢٦٧/٢) ، انظر روضة الطالبين (٩٠/١٠) .

(٣) حيث قال : ولا يقيم السيد الحد على عبده إلا بإذن الإمام . انظر الهداية للمرغيناني

(١ ، ٢/٣٨٥) ، انظر الاختيار للموصلي (٢٧١/٣) .

(٤) أخرجه مسلم في الحدود (٣/١٣٣٠) ح (١٧٠٥/٣٤) بلفظ أقيموا الحدود على أرقائكم ، وأبو

داود في الحدود (٤/١٦٠) ح (٤٤٧٣) ، اللفظ له ، والترمذي في الحدود (٤/٤٧) ح (١٤٤١) ،

وأحمد في المسند (١١٩/١) ح (٧٣٩) .

(٥) تقدم تخريجه .

(٦) ثبت في (١) عمله .

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب ، هـ) .

(٨) ثبت في (ب) اعتباره .

أن السيد لا يتهم فى عبده وأمه، والإمام على رعيته لا يتهم.

فصل

ولا يقيم عليها حد السرقة إلا الإمام، والفصل بينه وبين سائر الحدود أنه قطع عضوه وذلك مثله يعتق عليها بها فلو مكناه من ذلك لكان كل من مثل بعبده يدعى أنه قطعه فى سرقة فيصير ذريعة إلى انتفاء العتق بالمثل^(١) وسائر الحدود بخلاف ذلك.

فصل

وينبغى للإمام أن يحضر الحد طائفة من المؤمنين الأحرار العدول لقوله تعالى: ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾ [النور: ٢]، وكذلك السيد فى إقامة الحد على عبده وأمه^(٢) والطائفة أربعة فصاعداً، والفائدة فى ذلك أنه إن قذفه قاذف فطالب بحد قاذفه أمكن قاذفه التخلص من ذلك بإحضار من شهد حده.

فصل

لا يربط المرجوم لأن النبى ﷺ لم يربط ماعزاً ولا غيره عن أمر برجمه، ولأن رجوعه يقبل ولا معنى لربطه، وكذلك فى الجلد، ولا يحضر له لأنه ﷺ لم يأمر بالحفر، والحدود كلها سواء فى الإجماع^(٣) والصفة يجرى فيها الرجل ولا تجرى فيها المرأة ولكن يترك عليها من الثياب ما لا يقيها ألم الضرب لأنها عورة بخلاف الرجل، ويضربان قاعدين خلافاً لمن قال: إنه يقام الرجل^(٤) لأن القيام زيادة فى الألم لم يرد به شرع، واعتباراً بالمرأة ويجتنب فى ضربهما المقاتل.

مسألة

الحدود ما كانت من جنس واحد وكان سببها واحد تداخلت وأجزأ واحدها عن سائرها، وذلك مثل أن يزنى مراراً أو يشرب مراراً أو يسرق مراراً أو يقذف مراراً واحداً

(١) ثبت فى (١) به المثلة.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) ثبت فى (١) الإجماع.

(٤) وهو قول أبى حنيفة والشافعى وأبى ثور وابن المنذر. وانظر الهداية للمرغينانى (١، ٢/ ٣٨٤)،

انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ١٨).

أو جماعة فيجزي حد واحد من ذلك كله، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا﴾ [النور: ٢٢] ولم يفرق، ولأن ذلك كتكرار الإيلاج والاجتراع جرعة بعد جرعة، ولأن ذلك كالأحداث إذا تواترت قبل الطهارة أن ما يجب بها عن الطهارة ما يتداخل، فأما إن كانت من جنس [واحد]^(١) وأسبابها مختلفة كالزنا والشرب [والقذف فإنها لا تتداخل ويستوفى جميعها إلا أن يكون أحدها فرعاً للآخر فيتداخلان وذلك كحد القذف]^(٢) والشرب لأن الشرب مأخوذ من القذف فشبه به لما روى عن الصحابة [رضى الله عنهم]^(٣) أنهم لما اختلفوا في تقدير حد الشرب قالوا: (نرى أنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى افتري فيجلد حد الفرية)^(٤) وإذا قذف جماعة بكلمة واحدة كفى حد واحد خلافاً لمن قال لكل واحد حد^(٥)، لقوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور: ٤٤]، ولأنه قذف واحد فلم يجب به إلا حد واحد، أصله إذا كان المقلوف واحداً، وإذا كانت الحدود من أجناس كالجلد والقطع استوفيت ولم تتداخل إلا أن يكون فيها قتل فإن ما دونه يدخل فيه إذا كان جهة استحقاقه واحدة، فأما إذا كان الغرض مختلفاً فإن القتل لا يجزي منه كحد القذف يجلد^(٦) القاذف ثم يقتل لأن الغرض بالحدود دفع^(٧) المعرة عن المقلوف ولا يكون ذلك إلا بحد قاذفه.

مسألة:

ويجب باللواط إذا حصل الإيلاج الرجم عليهما أحصنا أو لم يحصنا ولا يثبت إلا بما ثبت به الزنا من الإقرار والبينة، وأما وجوب الحد منه خلافاً لأبي حنيفة في قوله لا

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) ثبت في (ب) المفتري.

(٥) أخرجه مالك في الموطأ في الأشربة (٢/٨٤٢) ح (٢).

(٦) وهو قول الحسن البصري والشافعي وأبي ثور وابن المنذر. انظر الإشراف (٣/٤٧)، وقال

الماوردي: هو قول الشافعي الجديد أما في القديم فإنه يحد حداً واحداً. انظر الحاوي الكبير

للماوردي (١٣/٢٥٧)، وانظر رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (ص ٥٠٥).

(٧) ثبت في (ب) يحد.

(٨) ثبت في (ب) زوال.

حد فيه وإنما فيها التعزير^(١)، فإنه إيلاج فى فرج آدمى مقصود به اللذة فوجب أن يتعلق به الحد كالقتل.

فصل

وإنما قلنا إن الحد هو الرجم خلافاً للشافعى فى قوله وإن كان غير محصن فعليه الجلد^(٢)، لما روى عن النبى ﷺ أنه قال: (من وجدتموه على عمل قوم لوط فارجموا الفاعل والمفعول)^(٣) ولم يشترط فى ذلك الإحصان، ولأنه أغلظ من الزنا، ولأن المزنى بها جنس مباح وطئها وإنما أتيت على خلاف الوجه المأذون فيه، والذكر ليس بمباح وطؤه فكان فيه أغلظ من حد الزنا، وإنما قلنا إنه لا يثبت إلا بما يثبت به الزنا لأن حده يتعلق به الرجم فأشبهه الزنا.

فصل

من أتى بهيمة فلا حد عليه خلافاً لمن قال إنه يقتل أو يحد^(٤) لقوله ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بأحد ثلاث: كفر بعد إيمان أو زناً بعد إحصان أو قتل نفس بغير نفس»^(٥)

(١) ذكره الشيخ الموصلى. وقال: وخالفه فى هذه المسألة أبو يوسف ومحمد. انظر الاختيار للموصلى (٣/٢٧٦)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/٣٤).

(٢) قال الإمام النوى: هذا أظهر قولى الشافعى. والقول الثانى: أنه يقتل محصناً كان أو غيره وفى كيفية القتل أقوال. انظر روضة الطالبين (١٠/٩٠)، انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٣/٢٢٤).

(٣) أخرجه الترمذى فى الحدود (٤/٥٧) ح (١٤٥٦)، وابن ماجه فى الحدود (٢/٨٥٦) ح (٢٥٦١)، أبو داود فى الحدود (٤/١٥٧) ح (٤٤٦٢)، والحاكم فى المستدرک (٤/٣٥٥).

(٤) قال: للشافعى فى هذه المسألة أقوال:

الأول: أنه يقتل رجماً بالحجارة وقال به البغداديون أو صبراً بالسيف وقال به البصريون. والقول الثانى: أنه فى حكم الزنا يرجم إن كان ثيباً ويجلد ويغرب إن كان بكرًا، وهو قول الحسن البصرى.

والقول الثالث: لا يجب فيه حد ويعزرو.

وفى رواية عن أحمد بن حنبل: حكمه حكم اللاتط سواء. وقال أبو سلمة بن عبد الرحمن: يقتل. وقال الزهرى: يجلد مائة أحصن أو لم يحصن. وقال جابر بن زيد: يقام عليه الحد إلا أن تكون البهيمة م. انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٣/٢٢٤، ٢٢٥)، انظر الإشراف لابن المنذر (٣/٢٦، ٢٧)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/١٦٣).

(٥) تقدم تخريجه.

وكل هذا معدوم في مسألتنا، ولأنه لم يتهك حرمة [فرج له حرمة]^(١) والحد يجب لهذا المعنى.

فصل

ولا تقتل البهيمة خلافاً لمن قال تقتل^(٢)، لأن نكاح البهيمة لا يوجب قتلها اعتباراً به إذا نكحها ما هو من جنسها، ولأن قتلها لما لم يجر أن يكون حداً لاستحالة تكليفها لم يجر أن تقتل لأن القتل الواجب بالوطء لا يكون إلا على وجه الحد.

فصل

إذا ثبت أنه لا حد عليه فيعاقب لركوبه أمراً ممنوعاً منه محرماً عليه فوجب زجره عليه^(٣) لثلاث يعود لثله.

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) وهو وجه لأصحاب الشافعي. وهو قول أحمد بن حنبل وأبي سلمة بن عبد الرحمن وقال الطحاوي: إن كانت مأكولة ذبحت. وإلا لم تقتل، نقله عنه الشيخ موفق الدين، ونقل عنه الشيخ الماردي أنه قال: إنها تقتل إن كانت له ولا تقتل إن كانت لغيره. انظر الإشراف (٢٦/٣)، انظر الحاروي الكبير (٢٢٥/١٣)، انظر المغني لموفق الدين (١٠/١٦٤)، انظر روضة الطالبين للنووي (٩٢/١٠).

(٣) ثبت في (ب) عنه.

باب

القذف^(١) موجب للحد في الجملة لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] الآية، وقوله ﷺ لهلال بن أمية: (البينة وإلا حد في ظهرك)^(٢)، ولا خلاف في وجوب الحد به في الجملة^(٣).

مسألة

ويجب الحد على القاذف بتسع خصال: خصلتان فيه وخمس في المقدوف وخصلتان في الشيء المقدوف به: فأما الخصلتان المشترط وجودهما في القاذف فالعقل والبلوغ، وأما الخمس المشترط وجودها في المقدوف فالعقل والبلوغ والإسلام والحرية والعفة عن الفاحشة التي رمى بها كان عفيفاً عن غيرها أو لا، والبلوغ الذي نريده يختلف في الغلام والأنثى، فأما الغلام فبلوغ التكليف وهو الاحتلام أو غيره مما قدمناه دون إطاعة الوطاء، وفي الأنثى إطاعة الوطاء وإن لم تبلغ بلوغ التكليف، وقد تضمن اشتراط العقد كونه ممن يتأتى منه الوطاء بخلاف العنين والمجبوب غير المعترض ولذلك لم نجعله شرطاً رائداً ومن أوجبه راده في الأقسام، وأما الخصلتان في الشيء المقدوف: بأن يقذفه بوطء يلزمه الحد وهو الزنا واللواط [لا غير]^(٤) أو أن ينفي نسبه من أبيه، فأما إن قذفه بسرقة أو شرب خمر أو قتل أو كفر فعليه العقوبة ولا يحد.

(١) القذف في اللغة: من قَذَفَ بالحجارة يَقْذِفُ رَمَى بها والمحصنة رماها بزنية والتقاذف الترامي. انظر القاموس المحيط (١٨٣/٣).

وفي الشرع: قال الشيخ ابن عرفة الدسوقي: القذف الأعم نسبة آدمى غيره لزنا أو قطع نسب مسلم.

والأخص لإيجاب الحد: نسبة آدمى مكلف غيره حراً عفيفاً مسلماً بالغاً أو صغيرة تطبق الوطاء لزنا أقطع نسب مسلم. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٦٤٢/٢)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٢٤/٤).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١٣)، انظر الإشراف لابن المنذر (٤١/٣)، انظر المغنى لموفق الدين (٢٠١/١٠).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فصل

وإنما قلنا إن العقل والبلوغ شرطان في وجوب حد القاذف لأنهما شرطان في التكليف، والحد لا يجرى إلا على مكلف، ولقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة...» فذكر: «الصبي حتى يحتلم والمجنون حتى يفيق»^(١).

فصل

وإنما شرطناهما في المقذوف لأن الحد إنما يراد لزوال المعرة عن المقذوف بأن يحد قاذفه والمجنون والصبي لا يصح الزنا منهما وهما على حال الصغر^(٢) والمجنون فلا عار يدخل عليهما بالقذف، وهذا إذا قذفهما بزنا منهما فأما إن قذف المجنون بزنا منه قبل جنونه فإنه يجلد لأن المعرة تدخل بذلك.

فصل

وإنما قلنا إن من قذف مطيقة للوطء حد وإن لم تبلغ بلوغ التكليف خلافاً لأبي حنيفة^(٣) والشافعي^(٤)، لأن المعرة تدخل عليها بالقذف كالبالغ، ولأن حكم وطئها حكم البالغ في وجوب الغسل والمهر والنفقة والإحصان والإحلال وكذلك في وجوب الحد بالقذف به.

فصل

وإنما اشترطنا الإسلام لأن عرض الكافر لا حرمة له تهتك بالقذف، ولأن الفاسق الملى لا حد على قاذفه وهو أعظم حرمة من الكافر والكافر أولى.

(١). تقدم تخريجه.

(٢). ثبت في (ب) الصبا.

(٣). حيث اشترط البلوغ في إحصان القذف. انظر الاختيار للموصلي (٣/ ٢٨١). انظر الهداية للمرغيناني (١، ٢/ ٤٠٠).

(٤). انظر المذهب للشيرازي (٢/ ٢٧٢)، انظر الحاوي الكبير للماوردي (١٣/ ٢٥٥).

فصل

وإنما شرطنا الحرية خلافاً لمن يقول إن العبد يحد قاذفه^(١)، لأن حرمة ناقصة نقصاً أوجبه الرق^(٢) كالكافر ولأن كل نقص منع أن يقتل به الحر المسلم منع أن يحد في القذف، أصله الكفر.

فصل

وإنما شرطنا كونه متمكناً من الوطء لأن المجبوب ومن جرى مجراه لا يتأتى منه الزنا فلم تلحقه معرة بالقذف [كالصبي]^(٣).

فصل

وإنما شرطنا أن الحد في الرمي بالزنا واللواط دون غيرهما بالإجماع عليه^(٤) ولأن الله عز وجل^(٥) شرط في تخليصه^(٦) من القذف على أن يأتي بأربعة شهود وليس ذلك إلا في الزنا واللواط.

فصل

وأما إن رماه بالوطء فيما دون الفرج فقال ابن القاسم يحد لأن ذلك من التعريض، وقال أشهب لا يحد لأنه صرح أنه فعل ما ليس بزنا ولا لواط كما لو قال قبلتها^(٧).

(١) روى عن داود أنه أوجب الحد على قاذف العبد ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة. انظر المغنى لموفق الدين (٢٠٢/١٠).

وبه قال أيضاً ابن حزم وأصحابه وروى ذلك عن ابن عمر والحسن البصري. انظر المحلى لابن حزم (٢٧٢، ٢٧١/١١).

(٢) ثبت في (أ، هـ) الكفر.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) محل الإجماع في الرمي بالزنا فقط. أما الرمي باللواط فلا إجماع على وجوب الحد به لأن عطاء وقتادة وأبو حنيفة قالوا: لا حد على من قذف رجلاً يعمل قوم لوط. ولعل المصنف قصد بالإجماع هنا إجماع المالكية والله أعلم. انظر المغنى لموفق الدين (٢٠٩/١٠)، انظر بدائع الصنائع للكاظمي (٤٤/٧)، انظر الكافي لابن عبد البر (١٠٧٥/٢).

(٥) ثبت في (ب) تعالى.

(٦) ثبت في (ب) تخلصه.

(٧) قال الشيخ سحنون في المدونة: قال ابن القاسم: قاذى فيه الحد وقال غيره: لا حد عليه لأنه =

فصل

وإنما قلنا إذا نفى رجلاً عن أبيه فعليه الحد لأنه قد عره بذلك وقذف أباه وأمه فعليه الحد، ومن نفاه عن أمه فلا حد عليه لأنه كاذب قطعاً، والكذب لا يعر المقول له، والفصل بين قوله لست لأبيك وقوله لست لأمك أن نسب الولد لاحق بأبيه حكماً ويلحق بأمه مشاهدة [وحكماً]^(١) ويقيناً بمشاهدة الولادة وإمكان البينة عليها، ونفى النسب عن الأب لا يعلم صدقه من كذبه فتلحقه المعرة في نفيه.

فصل

ومن نفى رجلاً من ولاته فهو كنفه إياه من نسبه لقوله ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب»^(٢)، وقوله ﷺ: «مولى القوم منهم»^(٣) وإذا وجب الحد في نفى النسب وجب في نفى الولاء، وقال بعض شيوخنا: فيها نظر ويجب أن لا يلزم الحد في نفى النسب وجوبه في نفى الولاء لأن نافية كاذب لأن الولاء يثبت بالعتاقة وهي معلومة مشاهدة فنافية كاذب، وهو كنافي ولد الأم.

قال القاضي أبو محمد: وفي هذا الذي قاله شيخنا نظر لأن العتاقة معلومة حكماً لا مشاهدة لأن العتاقة التي يثبت بها الولاء بإعتاقه الملك^(٤) وكون الإنسان مالكا^(٥) لمعتقه لا يعلم إلا حكماً لا مشاهدة وإذا شاهدناه قد أعتقه فإنما شاهدنا إعتاق من يحكم لكونه مملوكاً كالمعتقة وحكماً لا قطعاً، وهذا كله إذا نفى المولى عن مولاه الذي باشر عتقه فأما إذا نفى ابن المولى فيجب أن يحكم لنفيه إياه من نسبه^(٦) لا لنفى الولاء، وإنما قلنا إنه إذا

= صرح بما رماه به وقد ترك عمر ريادة الذي قال رأيته بين فخذيها. انظر المدونة (٤/٣٦٦)،

انظر حاشية الدسوقي على شرح الكبير (٤/٣٢٨).

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرک (٤/٣٤١) قال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ذكره الحافظ الهيثمي

وعزاه إلى الطبرانی وقال: فيه عيب بن القاسم وهو كذاب. انظر مجمع الزوائد (٤/٢٣٤).

(٣) أخرجه البخاري في المناقب (٦/٦٣٨) ح (٣٥٢٨)، السنائي في الزكاة (٥/٨٠) باب (ابن

أخت القوم منهم).

(٤) ثبت في (ب) قلت.

(٥) ثبت في (ب) المالك.

(٦) ثبت في (أ) فيجب أن يحد لنفيه إياه عن نفسه.

رماء بالسرقه والقتل وغير ذلك فإنه يعزر لأنه لقد آذاه بذلك وألحق به المعرة بذلك الفعل فيجب ردعه وزجره.

فصل

وليس في التعزير^(١) حد مضروب إلا اجتهد الإمام فيما يغلب على ظنه أنه ردع للمعزر خلافاً لأبي حنيفة^(٢) والشافعي في قولهما لا يزداد على أربعين^(٣) وقول غيرهما ما [ينقص من الحد خمسة أسواط^(٤)]، لأنه إجماع الصحابة لأن عمر رضى الله عنه جلد معن بن رائدة^(٥) لما نقش على خاتم بيت المال وأخذ به من صاحبه مالا فضربه مائة وحبسه ثم كلم به فضربه مائة ثم كلم به ثالثة فقال ذكرتنى الطعن وكنت ناسياً فضربه مائة، وروى عن على رضى الله عنه أنه ضرب في التعزير خمسين وتسعين سوطاً^(٦)، ولأن الفرض بالحد لما كان الردع والزجر عن ارتكاب ما فعل وجب أن يباح منه قدر ما يحصل به الغرض، ولأنه ضرب رآه الإمام محتاجاً إليه في ردع المعزر فجاء أن يبلغه، أصله ما دون الحد.

فصل

إذا عرض بالقذف تعريضاً يفهم منهم أنه أراد فعله الحد وحكمه حكم الصريح، وذلك معلوم بشاهد الحال ومخارج الكلام والأسباب، وقال أبو حنيفة^(٧) والشافعي لا

(١) التعزير في اللغة من العزر وهو اللوم ويقال: عزره يعزره وعزَّره والتعزير ضرب دون الحد أو هو أشد الضرب. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادي (٨٨/٢).

(٢) قال الشيخ المرغيناني في الهداية: والتعزير أكثره تسعة وثلاثون سوطاً وأقله ثلاث جلدات وهو قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطاً. انظر الهداية للمرغيناني (١، ٢/٤٠٦)، انظر الاختيار للموصلي (٢٧٨/٣).

(٣) ذكره الإمام النووي. انظر روضة الطالبين (١٠/١٧٤)، انظر المذهب للشيرازي (٢/٢٨٨).

(٤) وهو قول ابن أبي ليلى وهو رواية عن الإمام أحمد وهو قول أبي يوسف. انظر الإشراف لابن المنذر (٣/٢٢)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/٣٤٧)، انظر الاختيار للموصلي (٢٧٨/٣).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٦) ثبت في (ب) عمر.

(٧) ذكره الشيخ الكاساني. حيث قال: والقذف على سبيل الكناية والتعريض لا يوجب الحد. انظر بدائع الصنائع للكاساني (٧/٤٣).

حد فيه^(١)، ودليلنا أنه لفظ يفهم منه القذف كالصريح، إن كايروا وقالوا لا يفهم منه القذف فقد أحالوا المسألة لأن الخلاف فيه إذا فهم منه ما يفهم من الصريح فإذا أحالوا ذلك ارتفع الخلاف.

فصل

حد القذف على الحر ثمانون، وعلى العبد أربعون، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤]، ولأن ذلك فعل النبي ﷺ والصحابة بعده، وعلى العبد أربعون لأن حده على النصف من حد الحر.

فصل

ومن سب النبي ﷺ قتل ولم تقبل توبته، وفي الكافر روايتان: إحداهما أن توبته لا تقبل، والأخرى أنها تقبل وهذا إذا سبه بغير الوجه الذي كفر به وإنما قلنا إن المسلم أو الكافر إذا سب النبي ﷺ قتل أن ذلك علم على ارتداده وقد قال ﷺ: «من بدل دينه فاقتلوه»^(٢) وقوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ﴾ [النساء: ٦٥] فأخبر أن الإيمان لا يحصل منهم متى لم يحكموه بينهم ويعتقدوا أنه يحكم بالصواب، ولأن أبا بكر رضوان الله عليه سبه رجل فقام رجل فشهر سيفه ليضرب عنقه فقال أبو بكر: ما الذي أنت صانع فقال أقتله لسبه إياك فقال: ليس ذلك إلا لرسول الله ﷺ^(٣).

ولم يخالف عليه أحد، ويعرض الكلام في قذفه ﷺ، فنقول إن القذف يراعى فيه الإحصان وللإحصان تأثير فيه يتعلق به الحد فيجب أن يكون منه ما يتعلق به القتل، أصله الزنا.

وقولنا يتعلق به الإحصان احترازاً من الشرب، وإذا ثبت أن منه ما يوجب القتل فليس ذلك إلا للنبي ﷺ، ولأن حد القذف مبني على حسب حرمة المقدوف ألا ترى أنه لا حد على قاذف الكافر لأنه لا حرمة له وكذلك قاذف العبد لتقصان حرمة عن

(١) ذكره الشيخ الماوردي. انظر الحاوي الكبير للماوردي (١٣/٢٦١، ٢٦٢).

(٢) تقديم تخريجه.

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/٩٦) ح (١٣٣٧٧).

الحرم، وحرمة النبي ﷺ أعظم من حرمة جميع أمته بمزية لا يشاركه فيها أحد منهم فوجب أن يكون لحد قذفه زيادة على غيره وليس إلا القتل.

فصل

وإنما قلنا إن توبته لا تقبل إعظاماً لحرمة ﷺ ولأن التوبة من قذف غيره لا تقبل في سقوط الحد ففي قذفه أولى.

فصل

ووجه قوله في الكافر إذا قال: أنا مسلم أنه يقتل ولا يقبل منه اعتباراً بالمسلم، ووجه قوله يقبل منه قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨]، وقوله ﷺ: «الإسلام يجب ما قبله»^(١)، ولأن ذلك ليس بأعظم من كفره، والفرق بينه وبين المسلم أن الكافر يعلم منه اعتقاد ذلك وإنما يقتل على إظهاره والمسلم يعلم منه اعتقاد تعظيمه ﷺ فسهبه دلالة على رده.

فصل

إذا أقر بالزنا فإن عين وقال بفلانة وكان ممن يحد قاذفها فإن صدقته حد للزنا دون القذف، وإن أكذبه حد للزنا والقذف لأنه حصل قاذفًا رائيًا، وسواء كان بكرًا أو ثيبًا فإنه يجتمع عليه الحدان ولا يتداخلان^(٢) لأن أحدهما يجب لحق الله على التجريد وهو حد الزنا والآخر يتعلق بحق الآدميين فلذلك لم يتداخل، وقال أشهب يحد للزنا دون القذف، قال: لأنه لا يخلو أن يكون صادقًا أو كاذبًا، فإن كان صادقًا لم يحد للقذف، وإن كان كاذبًا حد للقذف دون الزنا فعلى أى الوجهين كان فلا يجتمع عليه الحدان، وقال شيخنا أبو بكر قد يزل^(٣) إلى قسم ثالث وهو أن يكون مكرهاً لها على الزنا فيكن صادقًا في إقراره على نفسه بالزنا كاذبًا في قذفه إياها فيجتمع عليه الحدان.

فصل

وإذا لم يعين حد الزنا ولم يحد بالقذف للجهالة بصفة المقدوفة لجواز أن يكون ممن لا يحد على قاذفها.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر المدونة (٣٩٦/٤). انظر الكافي لابن عبد البر (١٠٧٨/٢).

(٣) ثبت في (ب) يخلوا.

فصل

وإذا مات المقتول قبل أن يحد قاذفه فلورثته أن يحدوه لأنه حق من حقوقه يجوز له التوكيل فيه فكان للورثة القيام له اعتباراً بسائر حقوقه، ولأن القذف تنتشر معرفته على أولياء المقتول فكان لهم القيام به.

فصل

إذا قال لابن أمة أو كتابية: يا ابن الزانية فلا حد عليه، فإن قال: يا ابن زنية^(١) فعليه الحد، والفصل بينهما أن قوله يا ابن زنية نفى له من نسبه وإضافته إلى فعل لا يلحق الولد فيه، وقوله: يا ابن الزانية قذف لأمه لا نفى لنسبه.

فصل

إذا قال له: يا منبوذ فعليه الحد^(٢) لأنه عرض له ينفي نسبه لأن المنبوذ منقطع النسب غير لاحق بأحد.

فصل

اختلف عنه في حد القذف هل هو من حقوق الله أو من حقوق الآدميين وفائدة ذلك أنه إذا كان من حقوق الله فلا يجوز العفو عنه بعد بلوغه إلى الإمام وإذا كان من حقوق الآدميين جاز العفو عنه^(٣)، والصحيح أنه من حقوق الآدميين بدليل أنه يورث عن المقتول وحقوق الله لا تورث، ولأنه لا يستحق إلا بمطالبة الآدمي [والله أعلم]^(٤).

(١) ثبت في (١) زانية.

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافي لابن عبد البر (١٠٧٧/٢).

(٣) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافي لابن عبد البر (١٠٧٨/٢)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٣١/٤).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (١).

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ]

صلى الله على محمد ^(١)

٣١ كتاب القطع ^(٢)

مسألة

[قال القاضي أبو محمد^(٣): ويجب القطع على من يسرق من العقلاء البالغين ربع دينار من الذهب على اختلاف صفاته وأنواعه من جودة أو رداءة أو معمل أو مهمل^(٤)، أو ثلاثة دراهم من الورق على اختلاف أنواعها لا يقوم أحد الصنفين بالآخر، أو عرض يساوي أحدهما بحيث يكون الغالب من نقده إذا أخرجه من حرره الذي هو حرر مثله على ما نبينه من بعد، حرراً كان السارق أو عبداً، مسلماً كان أو كافراً، ذكراً كان أو أنثى، منفرداً أو مشاركاً بربع دينار فما زاد عليه، إذا كان المسروق مما يحتاج إلى التعاون في سرقة مثل الجذع أو العدل الذي لا يمكن الانفراد بسرقة، فإن كان مما يمكن الواحد كالكيس^(٥) وشبه فأخرجه الجماعة من حرر فالقطع على واحد منهم عند مالك،

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) أى: كتاب القطع فى السرقة.

والسرقة فى اللغة: من سرق منه الشيء يسرق سرقة وسرقه واسترقه جاء مسترقاً إلى حرر فأخذ مالا لغيره. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٣/٢٤٤).

وفى الشرع: قال الشيخ ابن عرفة الدسوقي: هى أخذ مكلف حرراً لا يعقل لصغره أو مالا محترماً لغيره نصاباً أخرجه من حرره بقصد واحد خفية لا شبهة له فيه. انظر شرح حدود ابن عرفة (٢/٦٤٩).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) ثبت فى (ب) أو إهمال.

(٥) ثبت فى (ب) كالكيس.

ومن متأخري أصحابنا من سوى بين الأمرين فأوجب في الموضعين القطع واعتبره بما يحتاج إلى التعاون.

فصل

وإنما أوجبنا القطع بالسرقه في الجملة لقوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة: ٣٨] الآية، ولأنه ﷺ قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم^(١)، وقطع سارق رداء صفوان وقال لما قال له: لم أرد هذا هو عليه صدقة: (هلا قبل أن تأتيني به)^(٢)، ولأن ذلك إجماع^(٣).

فصل

وإنما شرطنا البلوغ والعقل في وجوب القطع لقوله تعالى: ﴿جزاء بما كسبنا نكالاً من الله﴾ [المائدة: ٣٨] وذلك لا يكون إلا بمكلف، ومن شرط التكليف البلوغ والعقل، ولقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث...» فذكر: «الصبي حتى يحتلم والمجنون حتى يفيق»^(٤)، ولأن ذلك حد من الحدود فلم يتوجه إلا على بالغ عاقل كحد الشرب والقذف.

فصل

وإنما شرطنا النصاب خلافاً لمن أوجب القطع في سرقة القليل [والكثير]^(٥) لما روى أنه ﷺ كان لا يقطع في التافه^(٦) وروى (القطع في ربع دينار فصاعداً)^(٧).

(١) أخرجه البخاري في الحدود (٩٩/١٢) ح (٦٧٩٥)، ومسلم في الحدود (١٣١٣/٣) ح (١٦٨٦/٦).

(٢) أخرجه أبو داود في الحدود (١٣٦/٤) ح (٤٣٩٤)، والنسائي في قطع السارق (٦٢/٨) باب (ما يكون حرزاً وما لا يكون) وابن ماجه في الحدود (٨٦٥/٢) ح (٢٥٩٥).

(٣) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١٠)، انظر المغنى لموفق الدين (٢٣٩/١٠).
(٤) تقدم تخريجه.

(٥) والكثير: سقطت من (١).

(٦) وهو قول الحسن وداود وابن بنت الشافعي والخوارج. انظر المغنى لموفق الدين (٢٤١/١٠)، الإشراف (٢/٢٩٠)، انظر روضة الطالبين (١٠/١١٠).

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) أخرجه البخاري في الحدود (٩٩/١٢) ح (٦٧٨٩)، ومسلم في الحدود (١٣١٢/٣) ح (١٦٨٤/١).

فصل

وإنما قلنا إن النصاب من الذهب ربع دينار، ومن الورق ثلاثة دراهم خلافاً لأبي حنيفة في قوله إنه لا يقطع في أقل من عشرة دراهم^(١)، لقوله تعالى ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة: ٣٨] فعم، ولأنه ﷺ قطع في مسجن ثمنه ثلاثة دراهم^(٢)، وقالت عائشة كان النبي ﷺ يقطع في ربع دينار فصاعداً^(٣) [وروى القطع في ربع دينار^(٤)] (٥) وهذا نص.

فصل

وإنما قلنا إن النصاب من الورق ثلاثة دراهم كانت قيمتها ربع دينار أو أقل لأنه لا يقوم الذهب بالفضة ولا الفضة بالذهب، خلافاً للشافعي في قوله إنه لا نصاب للفضة وأن الاعتبار بربع دينار أو قيمته من الفضة أو العروض^(٦)، لقوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة: ٣٨]، فالظاهر يعم من سرق ثلاثة دراهم قيمتها دون الربع، ويرى أنه ﷺ قطع في مسجن ثمنه ثلاثة دراهم^(٧)، وهذا يفيد الاعتبار بالدراهم إذا بلغت هذا القدر، ولأنه أصل مال يعتبر في الأثمان وقيم المتلفات فوجب أن تكون سرقة معتبرة بمقداره في نفسه دون الاعتبار بغيره، أصله الذهب، ولأن كل حكم تعلق على الذهب والورق اعتبر فيه نصاب من الذهب وجب أن يعتبر فيه نصاب من الورق، أصله الزكاة^(٨).

(١) ذكره الشيخ المرغيناني. انظر الهداية (١، ٢/٨٠٤)، انظر الاختيار للموصلي (٣/٢٩٣).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٦) ذكره الإمام النووي. انظر روضة الطالبين (١٠/١١٠)، انظر حاشية الجمل على المنهج (١٣٩/٥).

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) تقدم تخريجه.

فصل

فأما العروض فإنها مقومة بالدرهم دون الذهب فإن ساوى ما سرق منها^(١) ثلاثة دراهم قطع سارقه، وكان شيخنا أبو بكر يقول هذا إذا كان الغالب من نقد ذلك الموضع الفضة^(٢) فإذا كان غالب نقدهم الذهب قومت بالذهب.

فصل

ولمّا سويّا بين أنواع الجنس لعموم الظواهر، ولأن كل حكم تعلق بالذهب والفضة اعتبر فيه نصاب يتساوى فيه سائر أنواعه كالزكاة.

فصل

ولمّا اعتبرنا أن يسرق من الحرر خلافاً، لمن حكى عنه أن الحرر غير معتبر^(٣)، لقوله ﷺ: «لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة»^(٤) جبل، فإذا أواه المراح والجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن^(٥) ففرق بين أن تكون محررة بإيوائها^(٦) إلى المراح وبين أن تبقى على أصلها في باب القطع فدل على اعتبار الحرر، وقوله: «ليس على المتهب قطع ولا على مختلس ولا على خائن ولا على من أخذ وديعة عنده أو مال قراض فلا قطع عليه»^(٧)

(١) ثبت في (ب) منه.

(٢) ثبت في (ب) إذا كان غالب نقدهم الدراهم.

(٣) وهو قول عائشة والحسن والنخعي وداود وابن حزم وجميع أهل الظاهر. انظر المغنى لموفق الدين (٢٥٠/١٠)، انظر الإشراف لابن المنذر (٢٩٨/٢)، انظر المحلى لابن حزم (٣٢٢، ٣٢١/١١).

(٤) الحريسة جمعها حرائس وهي جدار من حجارة يعمل للغنم. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادي (٢٠٦/٢).

(٥) أخرجه أبو داود في الحدود (١٣٥/٤) ح (٤٣٩٠) وابن ماجه في الحدود (٨٦٥/٢) ح (٢٥٩٦) ومالك في الموطأ في الحدود (٨٣١/٢) ح (٢٢)، والحاكم في المستدرک (٣٨١/٤)، والبيهقي في الكبرى (٤٥٧/٨ - ٤٥٨) ح (١٧٢٠٤).

(٦) ثبت في (ب) بأنواعها.

(٧) أخرجه أبو داود في الحدود (١٣٥/٤) ح (٤٣٩١) (٤٣٩٢) (٤٣٩٣) والترمذي في الحدود (٥٢/٤) ح (١٤٤٨) والنسائي في السارق (٧٩/٨) باب: ما لا قطع فيه، وابن ماجه في الحدود (٨٦٤/٢) ح (٢٥٩١) وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

لأنه لم يمنع منه بحرر^(١) فكذلك من أخذ في دار غير مقفلة^(٢) ولا ممنوعة عنه ولا عن غيره.

فصل

وإنما راعينا إخراجهم من الحرر لأنه ما دام في الحرر فلم [تتم السرقة لأن هتك الحرر لا يتم إلا]^(٣) بإخراج المسروق منه.

فصل

وإنما سوينا بين الرجل والمرأة، والحر والعبد، والمسلم والكافر لعموم الظواهر، ولأن القطع شرع لحفظ الأموال وصيانتها ولم يعتبر فيه تكافؤ الدماء بين السارق والمسروق منه فوجب اعتباره عموميه لأنه ضرب من حد الحراة بدليل أن المسلم إذا سرق من الكافر وإن كان لا يقاد به إذا قتله في الحراة وإن كان لا يقاد به وإنه لا عفو فيه كما لا عفو للولى في قتل الحراة قبل التوبة.

فصل

وإنما قلنا إن الاشتراك في سرقة النصاب لا يسقط القطع خلافاً لأبي حنيفة^(٤) والشافعي^(٥)، لعموم الظواهر والخبر، ولأن القطع شرع لصيانة الأموال لثلاث تهتك ويجتزأ عليها كالقصاص المشروع لحفظ النفوس ثم كان الاشتراك في القتل لا يمنع القود لأن في منعه إبطال الغرض الذى وضع له، كذلك الاشتراك، ولأن الجنابة^(٦) التى

(١) ثبت في (أ) يجوز.

(٢) ثبت في (ب، هـ) متعلقة.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) فى أنه لا يقطع إلا إذا أصاب كل واحد نصاباً، انظر الهداية للمرغيناني (١، ٢/٤٠٩). انظر الفتاوى الهندية (٢/١٧١).

(٥) قال الإمام النووي: لو أخرج اثنان من حرر نصاباً أو أكثر ولم يبلغ نصابين فلا قطع عليهما وإن أخرج ما يبلغ نصابين قطعاً جميعاً. وإن انفرد كل واحد بإخراج قطع من بلغ ما أخرجه نصاباً دون من لم يبلغ ما أخرجه نصاباً. انظر روضة الطالبين (١٠/١١٢)، انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٥٠٨).

(٦) ثبت في (ب، هـ) الجنائيات.

تستحق بها تناول الأعضاء [يجب]^(١) على الجماعة إذا اشتركوا فيها ما يجب على المنفرد، أصله الجماعة إذا قطعت يد رجل أو عضواً من غير اليد، ولأن اشتراكهم فى إخراج المسروق من الحرر يقتضى قطع الجميع بدليل أنهم لو سرقوا متاعاً فجعلوه على دابة إلى خارج الحرر لقطعوا.

فصل

ولما فرقنا بين ما لا يمكن إخراجهِ إلا بمعاونة وبين الثوب وغيره مما لا يحتاج إلى معاونة لأن نسبته السرقة إلى الجميع فيقتضى أن يكون لكل واحد منهم قسط فيها وذلك لا يحصل إلا بالتعاون الذى لولاه لم يخرج المسروق من الحرر، ووجه التسوية فى إخراجهِ من الحرر حاصل منهم كالذى يحتاج إلى معاونة.

فصل

والاعتبار بقيمة العرض المسروق وقت إخراجهِ من الحرر لا وقت القطع خلافاً لأبى حنيفة فى قوله إن الاعتبار بكمال النصاب وقت القطع^(٢) لعموم الظاهر^(٣)، ولأن النقص الحادث بعد انفصال المسروق من الحرر لا يؤثر فى سقوط الحرر، أصله نقصان العين، مثل أن يسرق ثوباً فيتلف بعضه فى القطع فرجع إلى ما دون النصاب، ولأنه سارق لنصاب من حرر مثله لا شبهة فيه، أصله إذا لم ينقص القيمة، والاعتبار فى الحدود حال الوجوب دون حال الاستيفاء، كالعبد إذا رنى فلم يحد حتى أعتق والبكر إذا رنى فلم يحد حتى أحصن.

فصل

إذا سرق عبداً كبيراً فصيحاً لم يقطع لأن سرقة هذا لا تصح فإن كان كبيراً أعجمياً أو كان صغيراً قطع لأن هذا فى حكم البهيمة وأدون حالاً من الصغير الذى لا اختيار له ولا تمييز.

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ذكره الشيخ الكاسانى. وقال: ذكر الكرخى رحمه الله: لا يقطع إذا نقص السعر وقت القطع وتعتبر قيمته فى الوقتين جميعاً. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/٧٩)، انظر الفتاوى الهندية (١٨٤/٢).

(٣) ثبت فى (ب) الظواهر.

فصل

إذا سرق حرّاً صغيراً قطع عند مالك^(١)، وقال عبد الملك لا قطع عليه وهو قول أبي حنيفة^(٢) والشافعي^(٣) ودليلنا ما روى أنه ﷺ ذكر له أن رجلاً يسرق الصبيان فأمر بقطعه^(٤)، ولأنه حيوان غير مميز سرق من حرز مثله يجب بذله عند الإتلاف كالبيمة.

فصل

ويقطع في سرقة الطعام الرطب واليابس من الفواكه والبطيخ وغيره كالقثاء، والتفاح واللحم^(٥) مطبوخاً ونيساً خلافاً لأبي حنيفة في إسقاطه القطع بسرقة رطب الطعام^(٦)، للظاهر والخبر، وقوله: (لا قطع في تمر معلق فإذا أواه الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن)^(٧)، ولأنه [مال]^(٨) متملك كاليابس، ولأن القطع يراد للردع والزجر والرطب أحوج إلى هذا من اليابس.

ويقطع في سرقة المصحف خلافاً لأبي حنيفة^(٩)، للظاهر والخبر، ولأن كل ما جاز بيعه [وأخذ العوض عليه جاز أن يقطع في سرقة كسائر الأموال، ويقطع في سرقة جميع الثمولات التي يجوز بيعها]^(١٠) وأخذ العوض عليها: كان أصلها مباحاً كالماء والصيد والتراب والحشيش، أو محظوراً غير مباح كالثياب والعقار ونحوه، خلافاً لأبي

(١) انظر الموطأ (٢/٨٣٨)، انظر الكافي لابن عبد البر (٢/١٠٨٣)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٣٣٣). انظر بلغة السالك لأقرب المسالك (٢/٣٩٧).

(٢) ذكره الشيخ المرغيناني. انظر الهداية (١/٢، ٤١١)، انظر الاختيار للموصلي (٣/٢٩٨).

(٣) ذكره الإمام النووي، فقال: الحر لا يضمن باليد فلا قطع بسرقة وإن كان طفلاً لأنه ليس بمال.

انظر روضة الطالبين (١٠/١٣٨)، انظر الحاوي الكبير للماوردي (١٣/٣٠٣).

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى (٨/٤٦٥) ح (١٧٢٣١).

(٥) ثبت في (ب) دون اللحم.

(٦) ذكره الشيخ المرغيناني. انظر الهداية (١/٢، ٢١٠)، انظر بدائع الصنائع للكاساني (٧/٦٩).

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٩) ذكره الشيخ المرغيناني. وقال: ولا قطع في سرقة المصحف وإن كان عليه حلية. انظر الهداية

(١، ٢/٤١٠)، انظر الاختيار للموصلي (٣/٢٩٨).

(١٠) ما بين المعكوفين سقط من (١).

حنيفة في قوله إن كل ما أصله مباحًا فلا قطع في سرقة^(١)، للظاهر والخبر، ولأنه نوع من مال يتمول في العادة كالثياب، ولأن أصله مباحًا^(٢)، لا يمنع القطع في سرقة كالعيد، أصلهم الإباحة لأنهم مباح لمن شاء أن يسرقهم من دار الحرب ويسترقهم^(٣).

فصل

يقطع النباش^(٤) إذا سرق من القبر كفتًا يساوي نصابًا خلافاً لأبي حنيفة^(٥) للظاهر والخبر، ولأنه سارق للنصاب من مال لا شبهة له فيه من حرر مثله فيلزمه^(٦) القطع كسائر السراق، ولأن سقوط القطع لا يخلو أن يكون لعدم الملك أو الحرر أو لعدم الخصومة، ولا يجوز أن يكون لعدم الملك لأن الملك ثابت على الكفن إما للميت أو لورثته، ولا لعدم الحرر لأن القبر حرر للميت ولكفنه، ولأن حرر كل شيء ما جرت العادة به ومن دفن ميتًا بكفنه وسد القبر لم ينسبه أحد إلى إضاعة الكفن ولا^(٧) إلى تفريط فيه، ولا لعدم الخصومة [لأنها واجبة للورثة أو الإمام إذا لم تبق جهة لسقوط القطع فثبت وجوبه]^(٨).

فصل

ويقطع من سرق من المغنم ومن بيت المال خلافاً لعبد الملك في قوله إنه من سرق زيادة على قدر نصيبه برع دينار قطع وإلا فلا قطع عليه^(٩)، ووجه إيجاب القطع الظاهر

(١) ذكره الشيخ المرغيناني. انظر الهداية (١، ٢/٤٠٩، ٤١٠)، انظر الاختيار للموصلي (٣/٢٩٧).

(٢) ثبت في (١) كون الأبوحة.

(٣) ثبت في (ب) ويسرقهم.

(٤) النباش: من النيش وهو إبراز المستور وكشف الشيء عن الشيء. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادي (٢/٢٨٩).

(٥) ذكره الشيخ المرغيناني. وقال: هذا عند أبي حنيفة ومحمد وخالفهم في ذلك أبو يوسف وقال:

يقطع النباش. وانظر الهداية (١، ٢/٤١٢)، انظر الاختيار للموصلي (٣/٢٩٩).

(٦) ثبت في (ب) فلزمه.

(٧) لا: سقطت من (١).

(٨) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٩) ذكره ابن عبد البر في الكافي. وقال طائفة من أصحاب مالك: لا يقطعون السارق من المغنم إلا

أن يأخذ فوق نصيبه مقدار القطع في مثله. انظر الكافي لابن عبد البر (٢/١٠٨١). انظر الثمر

الداني (ص ٦٠٣).

والخبر، ولأنه سرق مالا من حرز لا شبهة له في عينه كغير المغنم، ولأن كل مال تقبل شهادته فيه جار أن يقطع في السرقة منه كمال الأجنبي، ووجه إسقاطه حصول الشبهة له فيه كالأب يسرق من مال ابنه.

فصل

لا قطع في ثمر معلق ولا نخل ولا شجر ولا حريسة جبل إلا إذا أواه الجرين أو المراح قطع في سرقته، والأصل فيه قوله ﷺ: «لا يقطع في ثمر ولا كثر»^(١) [والكثر الجمار]^(٢) معناه في رؤوس النخل والشجر لأنه لم يضعه فيه كمن يقصد إلى إحرازه فيه وإنما هو بوضع الله تعالى، فإذا أواه إلى الجرين ففيه القطع لأنه أحزره في حرز مثله، والغنم في الرعى كذلك أيضاً لا قطع فيها لأنها متشرة^(٣) في غير حرز فإذا أواها المراح حصلت حيثئذ محررة.

فصل

ومن دخل داراً فيها منازل متفرقة لقوم منزل كل واحد معلق عن منزل الآخر فسرق من بعضها شيئاً وأخرجه إلى ساحة الدار فعليه القطع لأنه قد أخرجه من حرزه ولأن من حرزه البيت الذي هو فيه ويعلق بابه عليه^(٤) دون ساحة الدار فإن كانت الدار لواحد فلا قطع عليه حتى يخرج به من جميعها لأن جملتها حرزاً لما يكون فيها، فإذا أخرجه إلى ساحتها كان كمن نقله من موضع [من الحرز]^(٥) إلى موضع منه آخر فلا قطع عليه.

فصل

المراعاة^(٦) في القطع إخراج الشيء المسروق من الحرز فمن باشر ذلك قطع كان هو

(١) أخرجه أبو داود في الحدود (١٣٤/٤ - ١٣٥) ح (٤٣٨٨)، والنسائي في السارق (٧٩/٨) باب (ما لا قطع فيه)، وابن ماجه في الحدود (٨٦٥/٢) ح (٢٥٩٣)، والترمذي في الحدود (٥٢/٤) ح (١٤٤٩).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب، هـ).

(٣) ثبت في (ب) متسيرة.

(٤) ثبت في (ب) وتعلق بأنه عليه.

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٦) ثبت في (ب) المراعى.

خارج الحرز أو داخله، فلو اجتمع سارقان أحدهما خارج الحرز والآخر داخله فقرب الداخل المتاع إلى موضع النقب داخل الحرز فإن أدخل الخارج يده فأخرجه فعلى الخارج القطع لأنه هو المخرج له دون الداخل، وقد قيل^(١) لا قطع عليه لأنه لم يكن منه إخراج فى الحقيقة لأنه كان فى حكم المخرج بتقريبه إلى باب النقب^(٢) فصار كالمخرج من غير حرز، فإذا [لم يجب عليه]^(٣) لم يجب على الداخل لأنه فى الحقيقة لم يخرج من الحرز وإنما عرضه للإتلاف والإخراج، والقياس أن القطع على الخارج لأنه باشر إخراج المسروق من الحرز.

وإن أخرج الداخل المتاع بيده أو برمييه إلى خارج الحرز فعليه القطع لأن الخارج لم يكن له صنع فى إخراج من الحرز، وقال شيخنا أبو القاسم رحمه الله والداخل إذا قرب المتاع إلى النقب^(٤) ولم يخرج من الحرز يحتمل أن لا يقطع لأنه نقل المتاع من موضع الحرز إلى موضع آخر ولم يباشر إخراج من [جملة الحرز]^(٥)، ويحتمل أن يقطع لأن الخارج لم يتمكن بإخراج السرقة إلا بتقريب الداخل لها إليه فوجب أن يقطعا جميعاً لأنهما اشتركا فى إخراج السرقة من حرزها.

فصل

ويقطع فى أول السرقة اليد اليمنى من الكوع ويحسم بالنار فتكوى، ثم فى الثانية الرجل اليسرى من الكعب، ثم فى الثالثة اليد اليسرى من الكوع، ثم فى الرابعة الرجل اليمنى ثم فيما بعد ذلك الضرب والحبس، واختلف فيه إذا لم يكن له يمين أو كانت شلاء: قيل يقطع رجله اليسرى وقيل بل يده اليسرى، وإذا ذهبت أصابع من اليد فإن كان الباقي أكثر قطعت، وإن لم يبق إلا أصبع أو أصبعان عدل إلى الرجل.

فصل

وإنما أوجبنا القطع من الكوع خلافاً لمن يقول من الأصابع أو الأبط^(٦) لقوله تعالى

(١) ثبت فى (ب، هـ) قال.

(٢) ثبت فى (ب) النقب.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) ثبت فى (ب) النقب.

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٦) روى عن على رضى الله عنه: قطع الأصابع من اليد وقطع نصف القدم من الرجل. وقالت =

: ﴿اقطعوا أيديهما﴾ [المائدة: ٣] والأخذ بأوائل الأسماء واجب، ومن قطع من الكوع سمي مقطوع اليد ولا يسمى بذلك من قطعت أصابعه، ولأن النبي ﷺ فعل ذلك هو والسلف بعده.

فصل

ولما قلنا يقطع في الثانية يسرى رجله لقوله ﷺ: «إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله»^(١) وهذا نص وروى أنه ﷺ: «أوتى بسارق فقطع يده ثم أوتى به ثانية قطع رجله»^(٢)، ولأن ذلك مروي عن أبي بكر وعمر وعلى رضوان الله عليهم^(٣).

فصل

ولما يقطع في الثالثة والرابعة خلافاً لأبي حنيفة في قوله لا يقطع^(٤) لقول الله عز وجل: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة: ٣٨] ولم يخص يمين من شمال، وقد قال ﷺ: «إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله ثم إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله»^(٥) ولأن كل يد تؤخذ قصاصاً فلها مدخل في قطع السرقة كاليمين، ولأنه سرق^(٦) مع وجود بعض^(٧) الأطراف جاز أن يجب القطع فيها كالأولى والثانية، وفعله أبو بكر رضي الله عنه^(٨) ولا مخالف له.

= الخوارج: قطع اليد من المرفق أو الكتف. انظر المحلى لابن حزم (٣٥٧/١١)، انظر الإشراف لابن المنذر (٣٠٦/٢).

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (١٨١/٣) ح (٢٩٢)، وذكره الحافظ ابن حجر وعزاه إلى الطبراني وقال: إسناده ضعيف. انظر تلخيص الحبير (٧٦/٤).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٤٧٤/٨) ح (١٧٢٦٢).

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (٤٧٥/٨) ح (١٧٢٦٥).

(٤) قال الشيخ المروغيني: إن سرق ثالثاً لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب وهذا استحسان ويعزر أيضاً ذكره المشايخ رحمهم الله، وهو رواية عن أحمد بن حنبل وبه قال على رضي الله عنه والحسن والنخعي والشعبي والزهرى وحمامة والثوري. انظر الهداية (٤١٧/٢، ١)، انظر بدائع الصنائع للكاساني (٨٦/٧)، انظر المغنى لموفق الدين (٢٧١/١٠).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ثبت في الأصل (سرقة) ولعل الصحيح ما أثبتناه.

(٧) ثبت في (ب) نقص.

(٨) تقدم تخريجه.

فصل

وإنما قلنا في الخامسة إنه يضرب ويحبس لأن الشرع لم يرد بقطع شيء في السرقة سوى الأطراف الأربعة فلم يبق إلا تأديبه بالضرب والحبس ولا يجوز قتله خلافاً لمن حكى عنه ذلك^(١)، لأن السارق لا يجب قتله كسارق الأولى والثانية.

فصل

وإنما قلنا نحسم بالنار وتكوى لأنها إن تركت تعدى ضررها إلى المرفق وربما أتت على النفس وليس الغرض إلا إبانته فقط فوجب أن يقتصر على ذلك.

فصل

ووجه القول بأنه إذا لم يكن له يمنى أنه يقطع الرجل اليسرى إن عدم اليمنى من اليدين يوجب قطع اليسرى من الرجلين، أصله إذا قطعت في السرقة، ووجه الأخرى أن اليد باليد أشبه [بها من]^(٢) الرجل وأولى أن تقوم مقامها ويؤخذ بها والأول أقيس.

فصل

وإنما قلنا إن الشلاء لا تقطع لأن الغرض بالقطع إبانته مستفعتها والشلاء معدومة المنفعة، ولأنه قطع واجب في طرف يراد به تفويت^(٣) منفعته فلا يؤخذ إذا لم يكن فيه منفعة كالقصاص.

فصل

وإنما قلنا في ذهاب الأصبع ما قلناه لأن بقاء الأكثر يبقى معه أكثر المنافع فكان كذهاب الجميع.

(١) روى ذلك عن عثمان وعمر بن العاص وعمر بن عبد العزيز.

وعند الإمامية يسجن في الثالثة ويقتل في الرابعة. انظر المغنى لموفق الدين (٢٧١/١٠). انظر المبسوط للطوسي (٣٥/٨).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٣) ثبت في (١) ترفية.

فصل

إذا سرق الأبوان من مال الولد لم يقطعاً لأن لهما شبهة في ماله بدليل قوله ﷺ «أنت ومالك لأبيك»^(١)، ولأنه لا يحد إذا زنى بأخته ولا يجوز له نكاحها، ولوجوب النفقة عليه في إعساره، وحكم الأجداد والجندات حكم الأبوين دنيا^(٢) لقوة أمر الولادة.

فصل

وإذا سرق الولد من مالهم قطع خلافاً للشافعي^(٣) للظاهر والخبر ولأنه لا شبهة له في مال أبيه وأمه كالأجنبي بدليل عكس ما ذكرناه.

فصل

ومن عدى عمود النسب الأعلى من الولادة يقطع في سرقة من مال نسبه^(٤) كالإخوة والعمومة والأخوال وغيرهم، خلافاً لأبي حنيفة في قوله لا يقطع في السرقة من ذي رحم محرم^(٥)، للظاهر والخبر، ولأنها قرابة لا يقتضى شبهة للشارق في مال المسروق منه كبنى العمومة.

فصل

الزوجية لا تمنع القطع في سرقة أحدهما من الآخر خلافاً لأبي حنيفة^(٦) وأحد قولي الشافعي^(٧) للظاهر والخبر، ولأن الزوجية لا تقتضى شبهة في مال ولا شركة فيه لأنه عقد على المنافع كالأجير.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) دنيا: سقطت من (ب).

(٣) انظر الأم للشافعي (١٣٩/٦). وذكره الشيخ الماوردي. انظر الحاوي الكبير (٣٤٧/١٣).

(٤) ثبت في (ب) نسيه.

(٥) ذكره الشيخ المرغيناني. انظر الهداية (١٣/٢، ١)، انظر الاختيار للموصلي (٣٠٠/٣).

(٦) في قوله أن الزوجية تمنع القطع. وقال الشيخ المرغيناني: ولو كانت السرقة من الحزر الخاص لا قطع أيضاً. انظر الهداية للمرغيناني (١٤٤/٢، ١). انظر الاختيار للموصلي (٣٠٠/٣).

(٧) مقطوع قول الشافعي رضي الله عنه: أن لا قطع في سرقة أحد الزوجين من مال الآخر إذا كان ذلك من حرز قد اشتركا في سكناه.

أما إذا كانت السرقة من حرز لم يشتركا في سكناه ففي قطع كل واحد منهما إذا سرق من مال =

فصل

إذا سرق متاعاً فقطع فيه ثم سرقه ثانية قطع أيضاً خلافاً لأبي حنيفة^(١) لأنه حد يجب بإيقاع فعل في عين فجاز أن يتكرر بتكرار الفعل بها، أصله إذا رنى حد ثم رنى بها ثانية.

فصل

إذا أقر السرقة ثم رجع إلى شبهة سقط عنه القطع ولزمه الغرم لأن القطع حق الله يلزم^(٢) بالشبوت على الإقرار به ويسقط بالرجوع عنه، والغرم حق لأدمى لا يسقط بالرجوع عنه، وإن أكذب نفسه فعلى روايتان وقد ذكرناه في الزنا، وهذا في القطع وأما الغرم فلا يسقط على أى وجه رجع.

فصل

إذا قطع السارق ثم وجد الشيء المسروق عنده لزمه رده إلى مالكه لأنه باق على ملكه لم يخرج عنه بقطع سارقه، ولأن القطع ليس ببدل من العين المسروقة ولا بعوض منها وإنما هو لانتهاك حرمة الحر.

فصل

وإن تلفت عنده وله مال غرمها، وإن لم يكن له مال لم يتبع بها^(٣)، وقال الشافعى

= صاحبة ثلاثة أقوال:

الأول: أنه لا قطع على واحد منهما وهو الذى نقله المزنى.

والثاني: يقطع كل واحد منهما إذا سرق من مال صاحبه نص عليه الشافعى فى اختلاف أبى حنيفة والأوزاعى.

والقول الثالث: حكاه الحارث بن سريج القفال: أنه يقطع الزوج ولا تقطع الزوجة. انظر روضة الطالبين (١٠/ ١٢٠)، انظر الحاوى الكبير للماوردى (٣٤٦/ ١٣).

(١) وهو استحسان وذلك فيما إذا تغير حال المسروق عنه فى المرة الأولى كان كان غزلاً فنسج. والقياس أن يقطع وهو رواية الحسن عن أبى يوسف. انظر الاختيار للموصلى (٣٠٣/ ٣)، انظر الهداية للمرغينانى (٤١٣/ ٢، ١).

(٢) ثبت فى (ب) يلزمه.

(٣) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (١٠٨٦/ ٢)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٣٤٧/ ٤).

يتبع بها دينًا في ذمته كالغصب^(١)، وقال أبو حنيفة المالك بالخيار إن شاء قطع ولم يتبعه بالغرم وإن شاء غرمه^(٢) ولم يقطعه، ولا يستحق على السارق الجمع بين القطع والغرم^(٣) فدللنا على الشافعي في أنه لا يتبع في الإعسار^(٤) قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] ولم يوجب سوى ذلك، وروى عبد الرحمن بن عوف قال: قال رسول الله ﷺ: «وإذا أقيم على السارق الحد لا غرم عليه»^(٥)، ولأن إتلاف المال لا يجب به عقوبتان، والقطع عقوبة فلا تجب عليه عقوبة أخرى.

فصل

ودللنا على أبي حنيفة في وجوب القطع مع اليسار أن السبب الموجب للقطع غير السبب الموجب للغرم لأن القيمة تجب لأجل الإتلاف والقطع لحق الله تعالى وهو إخراج المال المسروق، وإذا كان كذلك لم يتنافيا وكان كالمحرم يتلف صيدًا مملوكًا فيلزمه الجزاء والقيمة، وقال بعض شيوخنا إن أخذ القيمة مع القطع استحسان والقياس ألا يلزم شيئًا لأنه لو لزمه غرمها مع اليسار لزمه ذلك في ذمته مع الإعسار، وإنما استحسنوا ذلك لجوار أن يكون قد أخذ لها بدلًا وثمنًا فاختلط بماله.

[قال القاضي أبو محمد رضى الله عنه^(٦): والفرق بين هذا وبين قول^(٧) أبي حنيفة أن عند أبي حنيفة يسقط القطع إذا اختار المالك إغرامه وعندنا لا يسقط بوجه، وهذا كله إذا كان المسروق نصابًا يقطع فيه فأما إن كان دونه فالغرم واجب مع العسر واليسر لأنه ليس فيه قطع ولا اجتماع عقوبتين.]

(١) قال الإمام النووي: يرد المال إذا كان باقيًا ويضمنه إن تلف سواء في ذلك الغنى والفقر. انظر روضة الطالبين (١٠/١٤٩)، انظر الحاوى الكبير للماوردي (١٣/٣٤٢).

(٢) ثبت في (ب) إبعته.

(٣) ذكره الشيخ المرعيتاني. انظر الهداية (١/٢، ٤٢١)، انظر الاختيار للموصلى (٣/٣٠٣)، انظر الفتاوى الهندية (٢/١٨٤).

(٤) الذى أثبتناه من (ب) وهو المناسب وفى باقى النسخ (اعتباره).

(٥) أخرجه النسائي فى السارق (٨/٨٥) باب (تعليق يد السارق فى عنقه) وهذا مرسل وليس بثابت وهو ضعيف عند أهل الحديث.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٧) قول: سقطت من (١).

فصل

ومن سرق من حلى الكعبة فلا قطع عليه وكذلك من قناديل المسجد وآلته لأن ذلك غير محرر فيه لأن دخوله مباح مأذون فيه، ومن أصحابنا من يقول إن كان ذلك نهاراً فلا قطع وإن كان ليلاً وقد أغلقت أبواب^(١) المسجد قطع لأن بإغلاق المسجد يصير ما فيه محرراً فسارقه سارق من حرر فيلزمه القطع.

فصل

إذا سرق حلياً من صبي: فإن كان معه من يحفظه قطع لأن حفظ الحافظ له حرر للحلى ولما عليه، وإن كان مخلى فلا قطع عليه^(٢) لأن الصبي ليس بحرر لما معه، وإن كبره فلا قطع عليه^(٣) كان معه حافظ أو لا لأن ذلك غضب وليس بسرقة.

فصل

ويقطع الآبق إذا سرق من غير سيده خلافاً لبعضهم^(٤)، للظاهر والخبر، ولأنه مكلف سرق نصاباً من حرر مثله لا شبهة له فيه كغير الآبق.

فصل

ولا يقطع العبد إذا سرق من مال سيده، وكذلك المدبر وللكاتب وأم الولد لأن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه رفع إليه عبد سرق من مال سيده فقال عبدكم سرق متاعكم لا قطع عليه^(٥). ولأن القطع معلق بالضمان فلما لم يضمن العبد ما استهلك من مال سيده لم يقطع في سرقة، ولأن القطع شرع صيانة للأموال وحفظاً لها فلو قطعنا العبد في سرقة من سيده كنا قد أتلفنا ماله وذلك ضد حفظه.

(١) أبواب: سقطت من (ب).

(٢) ذكره الشيخ أحمد الدردير. انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٤٣/٤).

(٣) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافي لابن عبد البر (١٠٨٣/٢).

(٤) في أنه لا يقطع. وهو قول مروان وسعيد بن العاص. انظر المغنى لموفق الدين (٢٧٥/١٠).

وقد نسب شيخ الإسلام موفق الدين بن قدامة المقدسى هذا القول إلى الإمام الأعظم أبي حنيفة وليس هذا مذهبه فلا تغتر به. انظر بدائع الصنائع للكامنى (٦٧/٧).

(٥) أخرجه مالك في الموطأ في الحدود (٨٣٩/٢) ح (٣٣)، والبيهقى في الكبرى (٤٨٩/٨) ح (١٧٣٠٣).

فصل

وإن سرق عبد رجل من مال زوجة سيده أو عبد امرأة من مال زوجها من موضع قد أحرر عنه ولم يؤذن له في دخوله فعليه القطع لأن حكم عبيدهم حكم ساداتهم فلما كان أحد الزوجين يقطع فيما سرقه من مال^(١) الآخر من موضع قد أحرر عنه وأغلق دونه فكذلك يجب قطع عبده إذا سرق منه، ولأن كل ما يقطع فيه الإنسان يقطع يد عبده فيه وكل ما لا يقطع للإنسان فيه فلا يقطع عبده فيه.

فصل

وإذا أتلف السارق المال في الحرر قبل أن يخرج به أو خرج به بعد إتلافه وهولا يساوى نصاباً فعليه الغرم ولا يقطع عليه^(٢) لأن الإتلاف إذا لم يتم السرقة فلا يقطع فيه ويصير كالغصب والاعتداء من غير سرقة، والمراعى إخراجه بحاله من الحرر أو بلوغ قيمته نصاباً بعد الإتلاف حال إخراجه من الحرر.

* * *

(١) مال: سقطت من (١).

(٢) ذكره الشيخ أحمد الدردير. انظر حاشية الدموقي على الشرح الكبير (٣٣٨/٤).

٣٢ كتاب العتق^(١)

إذا أعتق شركاً له فى عبد عتق عليه نصيبه، وقومٌ عليه نصيب شريكه إن كان موسراً غائباً كان الشريك أو حاضراً أذن فى ذلك أو لم يأذن فدفعت القيمة وعتق عليه وكان له الولاء، وليس لشريكه أن يأبى ويتمسك بحصته إلا أن يقول: إما أعتق بحصتى ولا^(٢) أقومها فيكون ذلك له، ويكون الولاء بينهما إذا أعتقه منجزاً لا مؤجلاً، فإن أعتق إلى أجل كان كمن لا يعتق ودفعت إليه وينجز العتق.

وقال عبد الملك: يقع العتق منجزاً ولا يعتق بالسراية فى أظهر الروايتين بل بالتقدم ودفع القيمة إلى الشريك، ولا يلتفت إلى قول العبد: لا أختار تكميل عتقى به، وإن كان المعتق معسراً لم يقوم عليه وكانت حصة الشريك وفاء بحالها إلا إن اختار الشريك إعتاق نصيبه^(٣) ابتداءً فيكون ذلك له، ولا يلزم العبد السعى فى قيمة نصيب الشريك منه ويبقى رقاً بحاله، وإن لم يكن له من المال من يفى بقيمة نصيب الشريك قوم عليه بقدر ما معه وعتق عليه وكان الباقي وفاء سواء كان العبد نصرانياً أو مسلماً كان لمسلمين أو لمسلم [واحد]^(٤) ونصرانى أعتقه المسلم أو النصرانى فالحكم فيه على ما ذكرناه إلا أن يكون بين نصرانيين فلا يعرض لهما إذا كان العبد نصرانياً وإن كان مسلماً لزم فيه ما يلزم بين المسلمين.

وقال فى المختصر الكبير: لا قيمة على المعتق فإن مات العبد قبل تقويمه فلا شيء

(١) العتق فى اللغة: من الكرم الجمال والنجابة والشرف والحرية ويقال: عتق العبد يعتق عتقاً. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٣/٢٦١).

وفى الاصطلاح عرفه الشيخ ابن عرفة الدسوقي بأنه: رفع ملك حقيقى لا بسبأه مُحَرَّم عن آدمى حى. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاص (٢/٦٦١).

(٢) ثبت فى (ب) إلا.

(٣) ثبت فى (ب) حصته.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

على المعتق، وإن كان معسراً فرفع إلى الحاكم فحكم بسقوط التقويم عليه [ثم أيسر بعد ذلك فلا قيمة عليه، وإن لم يرفع حتى أيسر ففيها روايتان: إحداهما وجوب التقويم عليه^(١)، والأخرى سقوطه عنه، ومن أعتق من بقية الشركاء حصته بعد إعتاق المعسر حصته فلا قيمة عليه لشركائه، والعبد بين الشركاء مختلفة أنصابتهم منه:

إذا أعتق اثنان حصتهما قومٌ نصيب شريكهما الباقي عليهما بقدر أنصابتهم، وقيل على عدد رؤوسهما بخلاف الشفعة، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً قومٌ على الموسر وسقط عن المعسر، وكل من بعض العتق باختياره لزم تكميله عليه مثل أن يشتري بعض عبد ممن يعتق عليه كاتبه ابنه^(٢) أو أن يهب له^(٣) أو يتصدق به عليه أو أن يوصى له به فيقبله أو يأخذه صلحاً على أرش الجناية أو عن دعوى على إقرار أو إنكار أو يشتريه وكيل له وهو لا يعلم أو تصدقه امرأة في نكاح عالة به أو ما أشبه ذلك، فأما إن ورثه فلا يلزمه تكميله ولو كان ببعض ما تقدم ذكره بعد عتق ما ملكه بالميراث لم يقوم عليه باقيه، ولو تأخر تقويم أمة عتق بعضها حتى ولدت كان ولدها بمنزلتها يقوم^(٤) معها، والاعتبار في القيمة يوم الحكم دون يوم العتق، هذا الحكم فيه إذا كان بينه وبين غيره، فأما إن كان العبد كله له فأعتق بعضه فإن الباقي يكمل عليه، وقد اختلف عنه في تكميله هل يكون بالسراية أو بالحكم فعنه في ذلك روايتان:

إحداهما بالسراية، والأخرى بالحكم، ومن أعتق بعض عبده وهو مريض كمل عليه الباقي في ثلثه، ولو وصى بإعتاق بعض عبده أو بحصته من عبد ففي تكميله روايتان^(٥): إحداهما وجوبه، والأخرى سقوطه.

فصل

وإنما قلنا إنه يعتق عليه حصته من العبد لقوله ﷺ «لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم»^(٦)

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ابنه: سقطت من (ب).

(٣) ثبت في (أ) يذهب له.

(٤) ثبت في (ب) مقومين.

(٥) قال ابن عبد البر: من أوصى يعتق بعض عبده لم يعتق منه إلا ما أوصى بعته وقد قيل: يكمل عتقه في ثلثه. انظر الكافي لابن عبد البر (٢/٩٦٦).

(٦) أخرجه أبو داود في الطلاق (٢/٢٦٤) ح (٢١٩٠). والترمذي في الطلاق (٣/٤٧٧) ح (١١٨١) وابن ماجه في الطلاق (١/٦٦٠) ح (٢٠٤٨) في الزوائد: إسناده حسن. لأن على =

وهذا يملكه كله، وقوله ﷺ: «من أعتق شركاً له في عبد قومٍ عليه حصة شركائه»^(١)، ولأنه أعتق ملكاً له ليس لأحد حق فيه فوجب نفوذه كالمنفرد به.

فصل

[وإنما^(٢) قلنا إنه يكمل عليه نصيب الشريك إذا كان موسراً لقوله ﷺ: «من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن المعتق قومٍ عليه قيمة العدل وأعطى شركاءه حصصهم»^(٣)، ولأن تبعض العتق جناية فيلزمه غرم ما أذهبه بجنائته، ولأن العتق مغلب ومبنى على السراية فوجود نقصه يؤدي إلى تكميله.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون موسراً لقوله ﷺ: «... وكان له مال يبلغ ثمن العبد قومٍ عليه وإلا فقد عتق منه ما أعتق»^(٤) وهذا نص ولأن في تقويم حصة الشريك عليه وهو معسر إضراراً به وبالشريك، وإنما لم نفرق بين الغائب والحاضر لعموم الخبر، ولأن الغائب يحكم عليه عندنا في الحقوق كلها ويستحب التوقف عليه إن كان قريب الغيبة لجوار أن يختار إعتاق نصيبه.

فصل

وإنما لم نفرق بين إذنه وبين عدم إذنه لعموم الخبر، ولأن تكميل العتق يتعلق به ثلاثة حقوق: حق الله تعالى، وحق للعبد، وحق للشريك، فليس له إسقاط حق غيره ولا يصح أيضاً إسقاط حق نفسه قبل وجوبه.

فصل

وإنما شرطنا في اعتبار حصة الشريك أن يكون بعد أخذ القيمة خلافاً للشافعي في

= ابن الحسين بن واقد مختلف فيه وكذلك هشام بن سعد وهو ضعيف . أخرج له مسلم في الشواهد.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) من هنا بداية مطموس في (ب).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

قوله إنه يعتق بالسراية^(١) لقوله ﷺ «من أعتق شركاً له فى عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل وأعطى شركاءه حصصهم وأعتق عليه»^(٢) فشرط فى عتقه أن يقوم عليه العبد وأن يدفع إلى الشريك، ولأن تصرف الإنسان فى ملكه لا يسرى إلى ملك غيره كالبيع، ولأنه تقويم لإزالة الضرر عن الشريك كالشفعة وقد ثبت أن ملك المشتري لا يزول عن الشقص إلا بعد قبض الثمن فكذلك فى [العتق]^(٣).

فصل

وإنما قلنا إن الولاء كله لمن أكمل عليه العتق لأن عتق جميع العبد من جهته فكان الولاء له لقوله ﷺ «الولاء لمن أعتق»^(٤).

فصل

وإنما قلنا إنه ليس لشريكه أن يأتى ذلك إذا لم يعتق من حصته لعموم الخبر، ولأن فى ذلك إسقاط حق الله تعالى وحق العبد من تكميل العتق فلا يترك ومراده.

فصل

وإنما قلنا إنه إذا اختار إعناق نصيبه فذلك له لأن الغرض تكميل العتق بينهما فمن أى الشريكين حصل جاز.

فصل

وإنما قلنا إن الولاء يكون بينهما حيثئذ لأن العتق حاصل منهما فلهما الولاء بقدر أنصباثهما.

فصل

ووجه قول مالك إنه لا يصح إعناقه مؤجلاً لأنه باق على الرق إلى أن يحل الأجل، وإن مات قبل الأجل فعلى الرق ويبطل الغرض بتعجيل التكميل، ووجه قول عبد الملك

(١) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (١٢/١١٢).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ما بين المعكوفين مطموس فى (أ، ب).

(٤) أخرجه البخارى فى الصلاة (١/٦٥٥) ح (٤٥٦)، ومسلم فى العتق (٢/١١٤١) (٥/١٥٠٤).

أنه خدمة استثناء من لا يجوز له استخدامه فوجب بتخيير عتقه وسقوط استثنائه .

فصل

وإنما قلنا لا يلتفت إلى قول العبد لا أختار تكميل عتقى لعموم الخبر، ولأن في ذلك إسقاط حق الله تعالى وحق الشريك فلم يجزأ^(١).

فصل

وإنما قلنا إن المعتق إن كان معسراً لم يلزم العبد السعى في قيمة نصيبه منه خلافاً لأبى حنيفة^(٢)، لقوله ﷺ «من أعتق شركاً له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه وأعطى شركاءه حصصهم وأعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق»^(٣) ولأنه عتق من غير جهة من كانت منه الجناية فلم يكن واجباً كالمكاتب^(٤)، ولأن العبد لم تكن منه جناية ولا إتلاف وكذلك الشريك الذي لم يعتق وسبب الإتلاف هو من المعتق فإذا لم يلزمه تقويمه فالعبد أولى.

فصل

وإنما قلنا إنه إذا كان معه قيمة بعض النصيب أخذت منه وعتق بقدرها من العبد لأن وجود المال لما كان شرطاً في وجوب التقويم على الشريك وجب أن يكون كل جزء من العبد مقابلاً لجزء من المال، فإذا وجد من المال ما يعتق به بعضه عتق منه بقدره.

فصل

وإنما سويننا بين العبد المعتق بعضه مسلماً أو نصرانياً لعموم الخبر، ولأن ذلك حكم بين مسلمين فوجب أن يحكم فيه بحكم الإسلام.

فصل

وإنما سويننا بين كون السيد المعتق مسلماً أو نصرانياً لما قدمناه، ولأنه حكم بين مسلم

(١) نهاية المطوس الذي نبهنا عليه في (ب) قبل ذلك.

(٢) في قوله: إن الشريك بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين.

انظر الهداية للمرغيناني (١، ٢/٣٣٧، ٣٣٨)، انظر الاختيار للموصلي (٣/١٨٧).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ثبت في (ب) كالكتابة.

ونصرانى فوجب أن يعتبر فيه حكم الإسلام اعتباراً بسائر الأحكام.

فصل

ووجه قوله فى العبد المسلم بين نصرانيين: يعتق أحدهما نصيبه منه إنه لا يقوم عليه حصة شريكه^(١) أن تكميل العتق من حقوق الله تعالى وليس من حقوق الأدميين والكفار لا يؤخذون بحقوق الله تعالى ووجه إيجاب التقويم أن فى تكميل العتق ثلاثة حقوق: أحدها لله تعالى، والآخر للشريك والآخر للعبد فيجب على هذا أن يكمل على النصرانى المعتق نصيبه من العبد المسلم لأنه حكم بين نصرانى ومسلم قاله شيخنا أبو القاسم رحمه الله.

فصل

وإنما قلنا إن العبد إذا مات قبل التقويم فلا قيمة على من أعتق حصته منه لأن القيمة تجب بالحكم فإذا مات تعذر التقويم فلم يلزم الشريك شيء لأنه لم يتلف على شريكه شيئاً.

فصل

وإنما قلنا إنه إذا أيسر بعد الحكم بسقوط القيمة عنه لم يقوم عليه لأن الحكم بذلك قد نفذ فلا يتقضى بتغير الحال من بعد، فأما إذا لم يحكم بذلك حتى أيسر فوجه قوله بوجوب^(٢) التقويم عموم الخبر، واعتباراً بيساره وقت الإعتاق، ووجه سقوطه أن العتق ضرب من الجناية والإتلاف فكان من شرط الغرم^(٣) فيه اعتبار اليسر وقت الفعل دون وقت الحكم اعتباراً بغيره من الجنایات.

فصل

وإنما قلنا إن الشريك الآخر إذا أعتق فلا قيمة عليه لشريكه الباقي لأن الجناية بتبعض العتق سابقة لإعتاقه، والقيمة إنما تلزم بالجناية.

(١) ثبت فى (١) حصته الشريك.

(٢) ثبت فى (١) يوجب.

(٣) ثبت فى (أب) العدم.

فصل

ووجه قوله إن القيمة بين الشركاء [المعتقين على قدر أنصبتهم أنه حق لله تعالى تتعلق بالمال لإزالة الضرر عن الشركاء]^(١) فكان على قدر الأنصباء اعتباراً بالشفعة، ووجه قوله إنها على عدد^(٢) الرؤوس تساويهم في الجناية بالتبعض والضرر لا يختلف لكثرة التبعض وقلته، وإنما قلنا يقوم على الموسر ويسقط عن المعسر لأن الموسر إذا انفرد بإعتاق نصيبه يلزمه قيمة نصيب شريكه والقيمة لا تلزم المعسر فكان انضمامه إلى الموسر غير مؤثر في القيمة عنه إذا كان وجوده كعدمه، وقال عبد الملك يقوم على الموسر بقدر ما كان نصيبه إن كان شريكه المعسر موسراً، ووجه ذلك أنه لم ينفرد تبعض العتق وإدخال الضرر بل شاركه غيره في ذلك فإذا سقط حق الذي لم يعتق على المعسر لم ينتقل إلى الموسر.

فصل

وإنما قلنا إن من ملك جزءاً ممن يعتق عليه بالنسب بشراء أو غير ذلك من اختيار التملك فإن الباقي يقوم عليه فلأن تملكه باختياره قصد منه إلى إعتاق ما يملك منه فكان كمبتدئ العتق في حصته من عبد مشترك بينه وبين غيره فلزمه تملكه، وفرقنا بين ذلك وبين أن يرثه لأنه لا صنع له في الميراث فلا ينسب تبعض العتق إليه.

فصل

وإنما قلنا إنه إن ورث بعضه فعتق عليه ثم اشترى منه جزءاً آخر أو قبل هبته منه عتق عليه ولم يقوم باقية لأن ابتداء تبعض العتق لم يكن من جهته، فما يتجرد منه بعد ذلك ليس بجناية توجب عليه التقويم كالشريك الثاني يعتق بعد إعتاق الأول فلا يقوم عليه نصيب الثالث.

فصل

وإنما قلنا إن الأمة تقوم بولدها إذا تأخر تقويمها لأن العتق قد تعذر فيها وقد ثبت لها وكان حكم ولدها حكمها، وسواء كانت حاملاً يوم العتق للجزء منها أو حملت بعد

(١) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٢) ثبت في (ب) على قدر.

ذلك لأنه داخل في حكمها ومقوم على معتق سهمه منها.

فصل

وإنما قلنا إن الاعتبار في القيمة يوم الحكم دون يوم^(١) العتق لأن القيمة يتقدر وجوبها بالحكم لا بنفس الإعتاق، ألا ترى أن الشريك لو اختار إعتاق حصته لكان له ذلك، فما لم يحكم بها لا يجب، وإذا كان كذلك كان الاعتبار بها يوم الحكم دون يوم العتق.

فصل

وإنما قلنا إنه إذا أعتق جزءاً من عبد يملك جميعه عتق عليه الباقي لأنه مبتدئ تبعض العتق فوجب أن يكمل عليه^(٢) باقيه، أصله العبد المشترك، ولأن الحكم عليه في حصته أقوى من الحكم في حصة غيره فلما كان التكميل^(٣) واجباً عليه في حصة غيره كان في حصة نفسه أولى.

فصل

ووجه الرواية الظاهرة أنه يعتق الباقي بالحكم اعتباره^(٤) بالعبد بين الشريكين، ووجه السراية أنه مبنى على التغليب فإذا بعض في حق نفسه لم يبعث وسرى إلى الجميع، كان لو قال يدك حرة أو رجلك، ويفارق ذلك العبد المشترك لأن تكميل العتق هناك جهة [غير جهته]^(٥) يمكن فيهما، بخلاف المنفرد به.

فصل

وإنما قلنا إنه إذا ابتدأ ذلك في مرضه قوم عليه الباقي في ثلثه لأن التصرف على غير وجه المعارضة لا يجوز في المرض إلا في الثلث كالهبة والصدقة.

فصل

ووجه قوله في الوصية بإعتاق بعض عبده أو بشرك له فيه فإنه يكمل عليه بقيته

(١) يوم: سقطت في (ب، هـ).

(٢) ثبت في (ب) استتمامه.

(٣) ثبت في (أ، هـ) التملك.

(٤) ثبت في (ب) اعتباراً.

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

عموم الخبر، والمعتق في وصيته معتق، ولأنه مختار للتبويض^(١) فأشبهه مباشرة الإعتاق في الحياة [وإذا وجب التكميل فهو في الثلث لأن حكم الثلث بعد الوفاة حكم جميع المال في الحياة]^(٢)، ولأنه لا يملك بعد موته إلا الثلث، ووجه نفى التكميل أن ملكه قد انتقل إلى ورثته وليس له إلا ما تصرف فيه من ثلثه وما لم يتصرف فيه في وصيته فهو للورثة ولم يكن من الورثة جناية توجب تكميل العتق عليهم فلا يجب التكميل^(٣) في حقوقهم.

(١) ثبت في (ب) لتبويض العتق. ٠

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) ثبت في (ب) التقويم.

باب

ومن أعتق في مرضه ستة أعبد لا مال له غيرهم ومات من ذلك المرض أقرع بينهم فأعتق الثلث ممن خرج عليه السهم منهم ورق الباقي ولا يعتق من كل واحد ثلثه وقال أبو حنيفة لا مدخل للقرعة في العتق أصلاً ولكن يعتق من كل واحد ثلثه^(١) ويستسعى في قيمة بقيته فإذا أداها إلى الورثة عتق^(٢).

و دليلنا حديث عمران بن الحصين أن رجلاً أعتق ستة أعبد له في مرضه لا مال له غيرهم فبلغ ذلك النبي ﷺ فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة^(٣) ففيه أدلة: [أحدها أنه ﷺ أقرع، وعند المخالف أنه لا يقرع]^(٤)، والثاني أنه أعتق اثنين كاملين وعندهم لا يعتق رأس كامل، والثالث أنه نقل الحكم والسبب فلم ينقل الاستسعاء فدل على أنه غير واجب ولأن المريض ممنوع من جميع ماله فلم يكن له أن يعتق كل عبده إذا كان لا يملك غيرهم فإذا فعل ذلك عتق منه الثلث الذي كان يملك التصرف فيه ورق الباقي ولم يكن بعضهم أولى من بعض إذن لا مزية لبعضهم واحتيج إلى تمييز من يعتق من نصيب الورثة فلم يكن إلى ذلك طريق إلا الإقراع.

فصل

ولو قال ثلث رقيقى أحرار أسهم بينهم لأنه لم يعين فوجب الإقراع لتمييز نصيب العتق^(٥) من نصيب الرق اعتباراً بعتق جميعهم ولو قال ثلث كل واحد منهم حر لم يقرع بينهم لأنه قد تميز نصيب العتق^(٦) من نصيب الرق وقصد إلى إعتاق ثلث كل واحد منهم

(١) ثلثه: سقطت من (أ).

(٢) انظر الهداية للمرغيناني. انظر الهداية (١، ٢/٣٤٣). انظر الفتاوى الهندية (٢/٢٠).

(٣) أخرجه مسلم في الأيمان (٣/١٢٨٨) ح (١٦٦٨/٥٦)، وأبو داود في العتق (٢٧/٤) ح

(٣٩٥٨)، والترمذي في الأحكام (٣/٦٣٦) ح (١٣٦٤)، والنسائي في الجنائز (٤/٥١) باب

(الصلاة على من يحيف في وصيته) وابن ماجه في الأحكام (٢/٧٨٥) ح (٢٣٤٥). وأحمد في

المسند (٤/٥٢١) ح (١٩٨٤٩).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) ثبت في (أ) المعتبر.

(٦) ثبت في (أ) المعتبر.

فنفذ العتق فيه ولم ينقل إلى غيره، وإذا أعتق الثلث شائعاً فلم يقصد عتق عبد بعينه ولا ميزه من غيره ولذلك وجب الإقراع.

فصل

والمعتق بعضه يكون له من نفسه بقدر ما فيه من العتق يقاسم سيده الخدمه كالعبد بين شريكين^(١) وماله موقوف بيده ليس للسيد انتزاعه كالمشرك أنه ليس لأحد الشريكين أخذ ماله بغير إذن الآخر، وحاله في جراحه وحدوده حال عبد في أنه لا يقتص له من حر ولا يحد الأحرار ولا يكون محضناً ولا تقبل شهادته لأن أحكام الرق أغلب عليه^(٢) من أحكام الحرية، كذلك إن مات ورثه من يملك بعضه كالعبد لأن الرق مقدم على الحرية، ولأن الموارث^(٣) طريقها الفضيلة ولم يبلغ منزلة الفضيلة فيرث أو يورث ولا شيء لمن أعتق نصيبه منه لأنه لا حكم لبعض الولاء مع الرق.

فصل

ومن مثل بعبده فقطع بعض أطرافه أو أعضائه أو سجل أسنانه أو فقأ عينه قاصداً لذلك لزمه إعتاقه خلافاً لأبى حنيفة والشافعي^(٤) لقوله ﷺ: «من مثل بعبده عتق عليه» وروى «فهو حر عليه»^(٥) ولأن ذلك عقوبته لثلا يعود إلى مثله فعوقب بعتقه كعقوبة القاتل عمداً بمنع الميراث.

وإذا أراد أدبه فأصابه من ذلك ما لم يرده فلا يعتق عليه لأن الخطأ لا يستحق عليه به عقوبة لأنه غير مقصود ولا إثم فيه.

وإذا أعتق عليه فولأؤه له لأنه هو المعتق له وإن كان معتقه مستحقاً عليه كالعتق في الكفارة ومن يعتق عليه من نفسه، وعنه في كيفية عتقه روايتان:

(١) ثبت في (ب) بين رجلين شريكين.

(٢) عليه: سقطت من (أ).

(٣) ثبت في (ب) الموارثة.

(٤) ذكره الإمام النووي في شرح صحيح مسلم وقال: قال سائر العلماء: لا يعتق عليه. انظر صحيح مسلم بشرح الإمام النووي (١٢٧/٦).

(٥) أصله عند مسلم بلفظ: من لطم مملوكه أو ضربه فكفارته أن يعتقه أخرجه مسلم في الإيمان (١٢٧٨/٣) ح (١٦٥٧/٢٩)، والحاكم في المستدرک (٣٦٨/٤).

إحداهما أنه [يعتق عليه] ^(١) بنفس المثلة ^(٢) دون الحكم، والأخرى دون نفس المثلة، فوجه الأولى قوله ﷺ: «من مثل بعبد عتق عليه» وروى «فهو حر عليه» ^(٣) وظاهره يفيد بنفس الفعل، ووجه الثانية أنه فعل من جهته في العبد استحق به إعاقته بالشرع فوجب أن يفتقر إلى الحكم ^(٤) كتبعض العتق.

فصل

ومن أعتق عبداً ^(٥) تبعه ماله إلا أن يشترطه السيد، وكذلك إذا أوصى بعتقه لقوله ﷺ «من أعتق عبداً وله مال فماله له إلا أن يستثنيه سيده» ^(٦)، وكذلك حكم إعاقته المباشر في الوصية واحد، ولهذه المسألة فروع مبنية على أصليين يختلف قول مالك فيهما وهما: بيع العبد، وعتقه لم يختلف قوله في أن البيع يكون المال للبائع إلا أن يشترطه المشتري وفي العتق يكون تابعا للعبد إلا أن يستثنيه السيد.

واختلف عنه في الوصية به وهبته بغير عوض والتصدق به وإسلامه في الجناية فعنه فيها روايتان: إحداهما أن ماله يتبعه، والأخرى أن ماله لسيدة الأول، وإنما يختلف في ذلك لاختلاف تعليل الأصلين فالبيع والعتق معللان بإحدى علتين: إحداهما أن البيع خروج ملك بعوض فلذلك لم يتبع العبد ماله والعتق خروج ملك بغير عوض [فلذلك تبعه ماله فعلى هذا الاعتلال يكون ماله في الوصية والصدقة والهبة تابعا له لأن كل ذلك خروج ملك بلا عوض] ^(٧)، وفي أرش الجناية لا يتبعه لأنه خروج ملك بعوض والأخرى أن علة البيع أنه خروج ملك إلى ^(٨) ملك فلذلك لم يكن تابعا له، والعلة في العتق أنه خروج ملك إلى غير مالك لذلك يتبعه ماله وعلى هذا يكون في الوصية والهبة والصدقة ماله لسيدة الأول لا يتبعه لأنه خروج ملك إلى مالك كالبيع.

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ثبت في (ب) بالثلة.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ثبت في (ب) حاكم.

(٥) ثبت في (ب) عبده.

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ل).

(٨) إلى سقطت من (ب).

فصل

ولا يتبعه ولده لأن ولده ملك لسيده فلا يتبعه كسائر أملاك^(١) سيده.

فصل

ومن أعتق حاملاً عتق جنينها معها^(٢) لأن كل ولد حدث من تزويج أو زنا فهو تابع لأمه في الحرية والرق، وكل عقد في الرقبة لا سبيل إلى حله اعتباراً بالأمه تزوج، ولأنه لا يوجد في الأصول حرة حامل^(٣) بعبد.

فصل

عتاقة المديان الذي أحاط الدين بماله لا تجوز إلا بإجازة الغرماء^(٤) لأن حقوق الغرماء متعلقة بماله وذمته ولهم التسلط على انتزاع ماله من يده في حقوقهم ففي إعتاقه إتلاف أموالهم فلا ينفذ إلا بإجازتهم.

فصل

عتاقة المولى عليه غير جائزة لأن الحجر عليه يمنعه من التصرف في ماله فيما [ليس بحظ له وجواز ذلك إتلاف]^(٥) ماله وروال فائدة الحجر.

فصل

عتاقة الغلام والجارية قبل بلوغهما غير جائز^(٦) لأنه قبل البلوغ لا حكم لقوله ولا لعقوده ولأنه ممنوع من التصرف في ماله بالحجر الثابت عليه، ولأن البالغ المولى عليه لا

(١) ثبت في (ب) أموال.

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافي لابن عبد البر (٢/٩٦٢)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٣٧٦).

(٣) ثبت في (١) حاملة.

(٤) ذكره ابن عبد البر ثم قال: فإن أعتق بغير إذنتهم كانوا بالخيار في إجازة عتقه ورده. انظر الكافي لابن عبد البر (٢/٩٦١)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٣٥٩).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٦) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٣٥٩)، انظر بلغة السالك لأقرب المسالك (٢/٤٠٩، ٤١٠).

ينفذ^(١) عتقه فالصغير أولى.

فصل

إذا وطء المديان أمة لا يملك غيرها وحملت فإنها تكون أم ولد ويتعلق حقوق الغرماء بذمته ولا تباع في الدين، والفرق بين ذلك وبين أن يعتقها بالقول فلا ينفذ إلا بإذن الغرماء أن الفعل إذا وقع لا يمكن إزالته وقد استقر عقد العتق فتعذر إبطاله ألا ترى أن المريض لا ينفذ عتقه بالقول فلو وطء أمة فحملت لكنت أم ولد.

فصل

الذين يعتقون على ملاكهم بالقرابة عمودى النسب الأعلى والأسفل كالوالدين والأجداد والجدات من قبل الأب والأم قربوا أو بعدوا والوارثين وغير الوارثين وأولادهم الذكور والإناث منهم والإخوة والأخوات من أى قبيل كانوا هم أنفسهم لا يتعدى ذلك إلى أولادهم ولا يعتق من سواهم من عم أو عمة أو خال أو خالة لا من يحرم منهم ولا من لا يحرم^(٢).

والكلام في هذه المسألة في ثلاثة مواضع: أحدها وجوب العتق في عمودى النسب خلافاً لداود في قوله لا يعتق أب ولا ابن إلا أن يتدنى المشتري بإعتاقه^(٣)، والثاني في الإخوة خلافاً للشافعى في قوله: إنهم لا يعتقون^(٤)، والثالث مع أبى حنيفة في قوله إن كل ذى رحم يعتق بالملك^(٥).

فدللنا على داود قوله تعالى: ﴿وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَدًا﴾ * لقد جئتم شيئاً إداً...﴿

(١) ثبت في (١) لا ينفذ.

(٢) انظر المدونة (٢/٣٨٥)، وذكره ابن عبد البر في الكافي. انظر الكافي لابن عبد البر (٤/٩٧١)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٣٦٦).

(٣) ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة.

قال: وهو قول داود وأهل الظاهر. انظر المغنى لموفق الدين (٧/٢٤٨)، انظر رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (ص ٥٨٢).

(٤) قال الشيخ الشيرازي: وإن ملك من سوى الوالدين والمولودين من الأقارب لم يعتق عليه لأنه لا بعضية بينهما فكانوا كالأجانب. انظر المذهب للشيرازي (٢/٤). انظر رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (ص ٥٨٢).

(٥) ذكره الشيخ المرغيناني في الهداية. انظر الهداية (٢/٣٣٥)، انظر الاختيار للموصلى (٣/١٨١).

إلى قوله تعالى: ﴿وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولداً﴾ * إن كل من فى السموات والأرض إلا آتى الرحمن عبداً ﴿[مريم: ٨٨ - ٩٣] فنفى عن نفسه اتخاذ الولد وعلل ذلك بأن الكل عبيد له وذلك ينفى كون الولد عبداً، وقوله ﷺ: «من ملك ذا رحم محرم فهو حر»^(١) ولأن المخالف لا يخلو أن يقول إن الإنسان إذا ملك أباه وابنه فإنه يعتق عليه بنفس الملك فذلك قولنا، أو يقول لا يعتق عليه بل يؤمر بإعتاقه ويلزم ذلك، وكل هذا خلاف الأصول لأن الإنسان لا يستحق عليه إيقاع حرية فى ملكه بغير سبب كان من جهته كالنذر والكفارة.

فصل

ودليلنا على الشافعى عموم الخبر، ولأن الأخوة نسب يحجب الأم عن الثلث إلى السدس كالولادة، ولأن التعصيب يكون من ذكورهم لأنائهم^(٢) كالولد.

فصل

ودليلنا على أبى حنيفة فى العم والخال لأن كل من حلَّت لإنسان^(٣) بنته بعقد نكاح أو بملك يمين لم يعتق عليه بالملك كذلك^(٤) العم لأن ابنته تحمل لابن عمها، ولأن كل جنس يرث ذكورهم دون أبنائهم فلا يعتقون بالملك كبنى العم.

فصل

ولا يحتاج فى ذلك إلى حكم حاكم بل يعتقون به بنفس الملك لقوله ﷺ «من ملك ذا رحم محرم فهو حر»^(٥)، ولأن الحاكم إنما يراد فيما يجوز تبقيته بوجه فأما سوى ذلك فلا حاجة بالحاكم إليه^(٦).

ومن أعتق عبده أو أمته إلى أجل لم يعتق إلا بعد حلوله بخلاف الطلاق إلى أجل

(١) أخرجه أبو داود فى العتق (٢٥/٤) ح (٣٩٤٩) وابن ماجه فى العتق (٨٤٣/٢) ح (٢٥٢٤)

والترمذى فى الأحكام (٦٣٧/٢) ح (١٣٦٥)، وانظر نصب الراية للمحافظ الزيلعى (٢٧٩/٣).

(٢) ثبت فى (ب) من ذكورهم لا بنائهم.

(٣) ثبت فى (أ) من حله الإنسان.

(٤) ثبت فى (ب) أصله.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ثبت فى (ب) بالحكم فيه.

لأن الوطء لا يتوقف فلما اعترض هذا المعنى فى الطلاق أنجزناه ولم يعترض مثله فى العتق فتركناه على موجب عقده ولم يجز له وطء الأمة المعتقة إلى أجل لأن المعنى فيها وفى الزوجة [واحد: وهو منع توقيت الوطء إلا أن فى الأمة لم ينتجز الحرية لأنه يجوز أن يبقى ملكه على من لا يجوز له وطؤها، وفى الزوجة لا يجوز أن يبقى عقده على من]^(١) لا يجوز له وطؤها لأنه ليس منها إلا الوطء فإذا حرم ذلك^(٢) زال العقد.

فصل

إذا أعتق عبده وله أمة حامل تبعت أمة ولم يتبعه ولده لأن أمة ماله ومال العبد فى العتق تابع له وولده ملك لسيده لأنه لا يملك ولد نفسه.

ولو أعتق العبد الأمة وهى حامل لم ينفذ عتقها وهى حامل حتى تضع لأن فى نفوذ عتقها أحد أمرين ممنوعين: إما إن يعتق الأمة دون الحمل فذلك غير جائز لأن استثناء حمل الأم فى العتق غير جائز، أو أن تعتق هى وحملها فيؤدى ذلك إلى أن يعتق على غير ملكه بغير اختياره ولا جناية كانت منه، فلما كان مؤدياً إلى ما ذكرناه من المنع وجب وقفه إلى أن تضع وتعتق الأمة [ويكون الولد للسيد والله أعلم]^(٣).

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ذلك سقطت من (ب).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ل).

باب^(١) : الولاء^(٢)

لا يحل بيع الولاء ولا هبته^(٣)، والأصل فيه نهيه ﷺ عن بيع الولاء وعن هبته، وقوله ﷺ «الولاء لحمة كلحممة النسب [لا يباع ولا يوهب]^(٤)»، والولاء لمن أعتق لقوله ﷺ «الولاء لمن أعتق»^(٥) وليس للعبد صرفه إلى غير معتقه لقوله: «الولاء لحمة كلحممة النسب»^(٦) ومن ادعى إلى غير أبيه أو توالى غير مواله فعليه لعنة الله^(٧).

فصل

لا يرث النساء من الولاء شيئاً وإذا ترك المعتق ولدًا ذكوراً وإناثاً فالولاء للذكور من ولده دون الإناث وهذا إجماع الصحابة رضوان الله عليهم^(٨) والأصل فيه أن الولاء

(١) ثبت في (ب) كتاب.

(٢) الولاء في اللغة من الولى وهو القرب والدنو والولى الاسم منه والمحب والصديق والنصير والولاء الملك والمولى المالك والعبدُ والمعتقُ والمعتقُ والصاحب والقريب. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادي (٤٠١/٤).

وفي الاصطلاح: صفة حكمية توجب لموصوفها حكم العصوية عند عدمها كائن. انظر الفواكه الدواني (١٦١/٢/٢).

وقال الشيخ الرصاع: الولاء لم يعرفه الشيخ رحمه الله تعالى ولم يذكر رسمه ويظهر في سر ذلك أنه لما ذكر الحديث المشهور في قوله ﷺ: «الولاء لحمة كلحممة النسب لا يباع ولا يوهب» فكانه تمييز له من إمام العارفين ومن آتاه الله علم الأولين والآخرين والحقائق الشرعية مأخوذة عنه ومنه فلا حقيقة له غير ما ذكره وبينه. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٦٧٠/٢).

(٣) انظر المدونة (٧٧/٣)، انظر الكافي لابن عبد البر (٩٧٥/٢)، انظر بلغة السالك لأقرب المسالك (٤٢٨/٢).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ل).

(٧) ذكره الحافظ الهيثمي وعزاه إلى الطبراني في الأوسط وقال: فيه عبد الله بن عطية وقال الذهبي:

لا أعلم من روى عنه إلا منيب وبقية رجاله ثقات. انظر مجمع الزوائد (٢٣٥/٤).

(٨) ذكره ابن قدامة. انظر المغنى لموفق الدين (٢٦٤/٧) وقال ابن المنذر في الإجماع: إن النساء لا يرثن من الولاء إلا من أعتق وأعتق من أعتق وانفرد طاووس فقال النساء. انظر الإجماع لابن

المنذر (ص ٢٧).

يورث بالتعصيب المحض والنساء لا تعصيب فيهن فلم يرثن بالولاء وإنما قلنا إنه يورث بالتعصيب لأن الميراث يكون بثلاثة أوجه: إما برحم كالولادة وما تعلق به من النسب أو بالنعمة^(١) أو بالتعصيب وهو الولاء ولأنه ليس في العتق أكثر من النعمة التي حصلت من جهة المعتق فجعلته عصبية، وإذا كان كذلك لم يرث منه النساء لأنهن لا يرثن إلا بالرحم، ولأن النسب أقوى في التوريث له من الولاء بدليل أنه لا يورث بالولاء وهناك نسب ما يورث به فإذا ثبت ذلك لم يكن للنساء مدخل في التوريث مما تراضى من النسب، كان بأن لا يكون لهن مدخل في الولاء أولى^(٢).

فصل

وأولى العصبية يارث الولاء^(٣) الابن ثم ابن الابن ثم الأب ثم الأخ ثم ابن الأخ ثم الجد ثم العمومة^(٤)، ثم ابن العمومة^(٥) وإنما قلنا إن الابن أولى لما قدمناه من أن الولاء مستحق بالتعصيب المحض دون الرحم ويختص به من قوى تعصبيه على غيره، وتعصيب البنوة أقوى من التعصيب بالأبوة والجدودة لأن تعصيب الجدودة والأبوة يشوبها الرحم والولادة وتعصيب البنوة محض لا يشوبه شيء فكان البنون^(٦) أولى من كل أحد.

وإنما قلنا إن ابن الابن وإن سفل أولى من الأب أو غيره للاتفاق على أن ابن الابن قائم مقام الابن عند عدمه في كل الأحكام وكذلك في الولاء.

وإنما قدمنا الأب على الجد والإخوة لأنهم يدلون به فكان مقدم على من يدل به ألا ترى أن الجد يقول أنا أبو أبي الميت والإخوة يقولون نحن بنى أبيه فكلهم يدلون^(٧) بقربهم من الأب فوجب أن يكون الأب مقدماً على من يدل به ويستفيد القرب من جهته.

(١) ثبت في (ب) من الرحم أو بالصهر.

(٢) أولى: سقطت من (ب).

(٣) ثبت في (ب) الولي.

(٤) ثبت في (أ) العم.

(٥) انظر المدونة (٣/٨١). انظر الكافي لابن عبد البر (٢/٩٧٥)، انظر الثمر الداني (ص ٥٤٨).

(٦) البنون سقطت من (ب).

(٧) ثبت في (ب) يدل.

وإنما قلنا : إن الإخوة وبنيتهم في ميراث الولاء مقدمون^(١) على الجد خلافاً لأبي حنيفة^(٢) والشافعي في قولهما : إن الجد أولى^(٣) لأن تعصيب [الإخوة أقوى من تعصيب]^(٤) الجدود وأقرب إلى الميت لأن الجد يدلي بأبوة الأب والإخوة يدلون ببنة الأب والإدلاء بالبنة أقوى من الإدلاء بالأبوة: ألا ترى أن الأب يصير مع الابن بمنزلة الأم يأخذ بالفرض ويسقط تعصبيه فكان الأخ مقدماً على الجد في ذلك، وإنما قلنا إن بنى الإخوة كالأخوة لأن الإدلاء بالبنة موجود فيهم والنزول لا يؤثر في ذلك ألا ترى أن ابن الابن وإن سفل مقدم على الأب وعلى الجد.

وإنما قلنا إن الجد مقدم على العم لأن العم يدلي بالجد فكان الجد مقدماً على من يدلي به فكذلك العمومة مقدمون على بنيتهم لهذا المعنى.

فصل

الولاء يستحق بالكبر فلا يستحق البطن الثاني منه شيئاً ما بقى من البطن الأعلى موجود وبيان ذلك: أن يموت رجل ويترك ولاء وثلاثة بنين فيرث البنون بالسوية ثم يموت اثنان ويترك ابنين ويموت المولى فيكون ميراثه للابن الباقي دون بنى إخوته.

وإنما قلنا ذلك لأن الولاء مع اختصاصه بالتعصيب يختص بمن قوى تعصبيه وقرب دون من بعد عنه، وليس هو من باب ميراث المال بسبيل بدليل أن الميت لو ترك ابناً واحداً لم يستحق الجد شيئاً، وإنما هو من باب الولاية^(٥) فهو للأقرب فالأقرب يبين ذلك أن من يستحق العصبية شيان: ميراث وولاية، إما في نكاح أو قصاص وبأيهما اعتبرت الولاء وجدته لا يدخل أبناء مع وجود آبائهم أو عمومتهم فلذلك قلنا إن البطن الأول مقدم على البطن الثاني.

(١) ثبت في (١) مقدم.

(٢) ذكره الشيخ المرغيناني. انظر الاختيار (١٩٢/٤).

(٣) ليس هذا مذهب الشافعي وإنما له في هذه المسألة قولان أظهرهما: أنه يقدم الأخ على الجد. والثاني: يشتركان كما يشتركان في إرث النسب. انظر المهذب للشيرازي (٢١/٢)، انظر روضة الطالبين (١٧٦/١٢).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٥) ثبت في (ب) الولايات وفي (هـ) الولاء.

فصل

ومن أعتق عبداً عن رجل بإذنه أو بغير إذنه فالولاء للمعتق عنه، خلافاً لأبي حنيفة^(١) والشافعي حين قالوا: إن الولاء للمعتق إن كان أعتق عنه بغير إذنه^(٢) لأنه إذا أعتق عبده عن غيره فقد ملكه إياه بشرط العتق عنه فكان كالوكيل إنه إذا أعتق عبداً غيره عن ماله فالولاء للمعتق عنه، ولأن الولاء جار مجرى النسب فلا يفتقر حصوله لمن يحصل له إلى إذن منه، ألا ترى أن الأخوة والعمومة تحصل للإنسان شاء أم أبى بوطء قريبه الذى يولد له منه فيشمر هذه الأنساب فكذلك الولاء يعتق ريد عبده فيثبت ولاؤه لعصبته شاءوا أو أبوا، وإذا صح ذلك جاز أن يكون الولاء للمعتق وإن لم يكن منه إذن أعتقه فكان الولاء لمن أعتق عنه كما لو كان بإذنه.

فصل

السائبة هو الذى يعتق^(٣) عن المسلمين فولأؤه للمسلمين لا لمن أعتقه للمعنى الذى قدمناه وإنما سمي سائبة لأن المعتق رفع يده عنه من كل وجه من جهة الملك والولاء فصار الولاء لغير مالك^(٤) بعده^(٥) بعينه بل لجماعة المسلمين كالجمل المسيب الذى لا يعرض له^(٦) على ما كانوا يفعلونه فى الجاهلية، وكذلك ما أعتقه الإنسان عن زكاته أو أعتقه الإمام من أموال الزكاة فهو لجماعة المسلمين لأنه معتق عن المسلمين أعتقه الإمام^(٧) أو المزكى وذلك بخلاف المعتق فى الكفارات لأن المكفر أعتقه من نفسه فكان الولاء له وفى الزكاة إنما أعتقه عن المسلمين لأنه من أموال المسلمين فكان كالمعتق عبداً عن غيره من مال ذلك الغير أن الولاء للمعتق عنه.

(١) ذكره الشيخ الكاسانى. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٤/١٦١)، انظر الفتاوى الهندية (٥/٢٦).

(٢) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (١٢/١٧٠)، انظر المهذب للشيرازى (٢/٥٠٧).

(٣) عن: سقطت من (ب).

(٤) ثبت فى (ب) ماله.

(٥) بعده: سقطت من (ب، هـ).

(٦) ثبت فى (أ) الذى لا يفرضوا له.

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (أ، هـ).

فصل

وولاء المنبوذ للمسلمين دون ملتقطه هكذا أطلقه أصحابنا^(١) ومرادهم أنه لا ولاء عليه لأحد وأن ميراثه لا يختص به ملتقطه لأنه حر بالأصل وإنما يطرأ الرق بالسبي لبعض الأحرار فكان كل موجود من الناس حراً إلا أن يطرأ عليه ما ينقله إلى الرق.

فصل

مولى الموالاة لا يرث وصفته: أن يكون رجلاً ولا نسب بينهما يوالى أحدهما الآخر على أن يتوارثا ويتعاقلا فهذا عندنا لا يصح ولا يلزم، وعند أبي حنيفة يصح ويتوارثان ويتعاقلان ولهما أن يفسخا الموالاة ما لم يعقل أحدهما عن الآخر^(٢). فدلينا قوله ﷺ: «وإنما الولاء لمن أعتق»^(٣) فانتفى أن يكون ولاء لغيره معتق، ولأن الموالاة سبب لا يورث به مع وجود النسب فكذلك مع فقده، أصله إذا أسلم الرجل على يد رجل عكسه الزوجية، ولأن المسلمين يعقلون عنه فلم يكن له نقل ميراثه عنهم بالموالاة كالمتناسبين.

ومن أسلم على يد رجل فلا ولاء له عليه [خلاقاً لمن يقول إن الولاء له^(٤)] (٥) للخير، ولأن الولاء بالإنعام بالعتق وهذا معدوم فيمن أسلم [على يده].

(١) انظر المدونة (٧٦/٣) وذكره ابن عبد البر وقال: وهو مشهور مذهب مالك وتحصيل مذهبه. انظر الكافي لابن عبد البر (٩٧٦/٢).

(٢) ذكره الشيخ المرغيناني. انظر الهداية (٣٠٦/٣، ٣٠٧)، انظر بدائع الصنائع للكاساني (١٧٠/٤).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) هذا هو قول أبي حنيفة وهو رواية عن أحمد وهو قول إسحاق وحكى عن إبراهيم أنه له ولاؤه ويعقل عنه وعن ابن المسيب: إن عقل عنه ورثه وإن لم يعقل عنه لم يرثه وعن عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز رضى الله عنهما أنه يرثه وإن لم يواله. انظر المغنى لموفق الدين (٢٧٨/٧)، انظر الهداية للمرغيناني (٣٠٦/٣، ٣٠٧)، انظر الاختيار للموصلى (٢١٣/٣).

تنبيه: وقد ذكر الشيخ موفق الدين بن قدامة المقدسى عن الأحناف قولاً غير الذى ذكرنا فقال: إنهم قالوا: إن أسلم الرجل على يدى الرجل لم يرثه بذلك فلا تغتر به. والله أعلم. انظر المغنى (٢٧٨/٧).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

إذا أعتق المسلم نصرانيًا فالولاء مراعى فإن أسلم^(١) كان ميراثه للمسلم إن مات، وإن مات النصراني قبل أن يسلم فلا ولاء للمسلم عليه، وقال الشافعي يثبت له الولاء عليه ويرثه^(٢).

فدللنا أن الإرث بالنسب مقدم على الإرث بالولاء وأكد منه لأن الولاء شبه به وقد ثبت أنه لا توارث بين المسلم والكافر بالنسب، وكذلك بالولاء ويفارق ذلك ميراثه من عبده النصراني إذا مات لأن رقبته كانت ملكًا له فكان حكم ماله حكم رقبته إلا أنه ميراث على الحقيقة، ولأن المباينة بالملء تمنع الإرث بالنسب والولاء دون الرق.

فصل

وإذا ثبت أنه لا يرثه إذا مات، فإن أسلم النصراني ثم مات ورثه مولاه المسلم لأن الإنعام عليه ثابت له، وإنما كان يمنعه ميراثه مباينته له في ملته فإذا أسلم زال المنع كالنسب.

فصل

وإذا مات النصراني المعتق وترك مولاه المسلم الذي أعتقه وورثته من أهل دينه، فعنه في ذلك ثلاث روايات: إحداها أنه لا يرثه سيده الذي أعتقه ولا أحد من قرابته ويكون ماله فيئًا لجماعة المسلمين، والثانية أنه يرثه ولده دون غيرهم من أقاربه، والثالثة يرثه جميع ورثته.

فوجه الأولى أن سيده إنما لم^(٣) يرثه لمباينته له في الملء^(٤) والميراث موضوع على تساوى الحرم فلم يجز أن يرثه ورثته من أهل دينه، لأن حرمة أعلى من حرمتهم لثبوت ولاء المسلمين عليه^(٥).

وجه الثانية أن ولدهم^(٦) هو موالى سيده الذي أعتقهم فكان حكمهم حكمه في

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) ذكره الشيخ الشيرازي. انظر المهذب (٢/ ٢٠)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ٥٠٧)، انظر روضة الطالبين (١٢/ ١٧٦).

(٣) ثبت في (ب) أيضًا.

(٤) ثبت في (ب) مثله.

(٥) ثبت في (أ) المسلم عليهم.

(٦) ثبت في (ب) والده.

كونهم على ملته وعلى مثل حرمة وثبوت الولاء عليهم لسيده فلذلك اختصوا بميراثه دون سائر أقاربه، ووجه الثالثة أن جميع ورثته بمنزلته في الحرمة والدين فورثوه اعتباراً بسائر أهل ملته، وعنه رواية أخرى أنه يرثه ولده ووالده خاصة لأنه ليس في القرابة ما يوازى الأبوة والبنوة والثالثة أصح.

فصل

إذا أذن السيد لعبده في أن يعتق عبداً له فالولاء للسيد فإن أعتق العبد لم يرجع الولاء له، وكذلك المديبر، وأم الولد إذا أعتقها بإذن سيده، وإذا أذن لمكاتبه أن يعتق فأعتق فالولاء للسيد ما دام المكاتب لم يعتق فإن أعتق عاد الولاء إليه^(١) والفرق بين المسألتين أن لسيد العبد انتزاع ماله فإذا أذن له أعتق، وليس هو من أهل الولاء في تلك الحال كان السيد كأنه هو الذي أعتق فيكون الولاء له، وإذا ثبت الولاء في جهة الحر^(٢) لم يجوز انتقاله بعد ثبوته إلى جهة أخرى.

وأما المكاتب فسيده ممنوع من انتزاع ماله لما ثبت له من عقد الحرية فإذا أذن له في العتق كان عتقه مراعى فإن مات أو عجز تقرر الولاء لسيده، فإذا أدى وعتق ثبت أن الولاء ثابت له، وكذلك لو أعتق بغير إذن السيد فلم يعلم السيد حتى أدى المكاتب وعتق فإن الولاء للمكاتب لأنه إنما كان ممنوعاً من الإعتاق لحق السيد فإذا زال حق السيد عنه بعد عتقه وتقرر الولاء له فإن علم السيد قبل أن يعتق المكاتب بالأداء فله أن يرد عتقه فإن رده بطل وعاد العبد رقاً ولم يلزم المكاتب إذا أعتق أن يعتقه بعد ذلك.

فصل

جر الولاء ثابت عند كافة أهل العلم^(٣) لا خلاف فيه^(٤)، إلا ما يحكى عن رافع بن خديج، وصفته: أن يتزوج عبد معتقة فيولدها فإن ولدها منه لمواليها الذين أعتقوها فإن أعتق العبد جر ولده إلى مواليه الذين أعتقوه ولو تزوج حرة لا ولدها عليها كان بقية ميراث الولد بعد حصصة أمه للمسلمين وإذا أعتق العبد^(٥) رجع إلى مواليه وكذلك

(١) انظر المدونة (٧٢/٣). انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤١٦/٤).

(٢) ثبت في (أ) الحرم.

(٣) ثبت في (ب) العلماء.

(٤) انظر المغنى لموفق الدين (٢٥٦/٧)، انظر فتح الباري (٤٦/١٢).

(٥) ثبت في (ب) عاد.

الجد فيجر الولاء أيضاً بجر الولاء ما دام الأب عبداً فإذا أعتق العبد عاد الولاء إليه .

والأصل في جر الولاء الإجماع لما روى أن الزبير بن العوام مر بفتية فسأل عنهم ف قيل هم موالى رافع بن خديج وأبوهم عبد للحرّة فاشترى الزبير أباهم فأعتقه وقال لهم : انشبوإ إلى فأنا مولاكم فقال رافع : بل هم موالى أنا أعتقت أمهم فاختصما إلى عثمان بن عفان ففضى بالولاء للزبير^(١) ، ولم يخالف عليه أحد ، ولأن انتساب الولد إلى قبيلة أمه ، ووجهها^(٢) أنها لعدم إمكان ذلك من جهة الأب بدليل أنه لو أمكن ذلك فى الابتداء لم ينسب إلى الأم ، ولأنه إذا عاد إ مكانه فى ولد الملاعنة عاد الانتساب إلى الأب وإذا ثبت ذلك ثم كان غير ممكن فى هذا الموضع لرق الأب فيجب إذا زال المعنى المانع أن يزول ما امتنع لأجله ، ويعود النسب إلى الأب .

فصل

وإنما قلنا إن الجد كالأب فى ذلك لأن النسب يرجع إليه فصح جره للنسب كالأب وبذلك فارق الأخوة والعمومة وسائر العصابات .

فصل

وولد الملاعنة المعتقة ولاؤه لموالى أمه فإن اعترف به الأب عاد إليه أو إلى موالىه إن كان معتقاً^(٣) على ما بيناه .

فصل

ولا يثبت جر الولاء فيمن مسه رق مثل أن يتزوج عبد أمة فتحمل ثم تعتق فإن الولد يكون حرّاً بحرية أمه وهو حمل^(٤) وولاؤه لموالى أمه وهم موالىه^(٥) لأن عتقه ثبت من جهتهم فإن أعتق العبد لم يجر ولاء الولد لأن ولاءه قد تقرر^(٦) وثبت لمن أعتق أمه فلا

(١) أخرجه مالك فى الموطأ فى العتق (٧٨٢/٢) ح (٢١) .

(٢) ثبت فى (ب) ووجهتها .

(٣) ذكره ابن عبد البر فى الكافى . انظر الكافى (٩٧٦/٢) ، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤١٨/٤) .

(٤) ما أثبتناه من (أ) وهو المناسب وفى باقى النسخ (حر) .

(٥) ذكره ابن عبد البر . انظر الكافى لابن عبد البر (٩٧٦/٢) ، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤١٨/٤) .

(٦) ثبت فى (ب) قد تقدم .

يجوز نقله كالنسب والولاء هاهنا مباشر ليس طريقه الجر فلم يجوز نقله .

فصل

قد بينا أن النساء لا يرثن ولاء ما أعتقه غيرهن لأنه لا تعصيب فيهن فإذا ثبت ذلك فالولاء الذي يرثه هو المباشر أو ما كان في حكم المباشر ولا يكون ذلك إلا في ثلاث مواضع:

أحدها: أن تعتق عبداً فيموت ولا وارث له فيكون ولاؤه لها ميراثاً .

والثاني: أن يترك هذا العبد أولاداً من أمة أو معتقة فيكون الولاء لمعتقته إما ابتداءً وإما^(١) جراً .

والثالث: أن يعتق هذا العبد عبداً إما في حال رقه بإذنها فيكون الولاء لها ابتداءً أو بعد عتقه فيموت العبد الأول المعتق ويبقى الثاني فيرث معتقه الأول ولاء هذا العبد الثاني .

فصل

وإنما قلنا إنها ترث ولاء ما باشرت عتقه، لقوله ﷺ: «الولاء لمن أعتق»^(٢) وهذا عام، ولأنه شخص حر معتق عن نفسه فكان الولاء له كالرجل .

فصل

وإنما قلنا إنها تجر ولاء ولد أو عبد إن أعتقه عبداً الذي أعتقته لأن ذلك يرجع إلى إعتاقها وإنما يمنع أن ترث ما أعتقه غيرها ولأن^(٣) كل من ورث ولاء ما أعتق مباشرة ورث ما حدث عنه كالرجل، والله أعلم .

(١) ثبت في (أ) أو .

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) ثبت في (ب) ولكن .

٣٣ كتاب المكاتب^(١)

الأصل فى جوار الكتابة قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] وقوله ﷺ: «المكاتب عبد ما بقى عليه درهم»^(٢) ولأن ذلك كان متعارفًا قبل الإسلام وأقره النبى ﷺ على ما كان من الجوار فى الجملة وعملت به الأئمة^(٣) والسلف.

فصل

لا يجبر السيد على كتابة عبده خلافاً لداود فى قوله إنه يجبر^(٤) إذا سأل أن يكتبه بقيمته أو بأكثر^(٥)، لأن الأصل فى الكتابة المنع والحظر لأنها غرر وذلك أن العبد يؤدى المال على أنه إن أدى عتق وإن عجز عاد رقاً وزال ملكة عما كان أداه لأن السيد يبيع ماله بماله لأن العبد وماله ملك للسيد وذلك إضاعة وإتلاف إلا أنه^(٦) جور فى الشرع رفقا بالعبد وحرمة للعتق والخروج من الرق، والأمر إذا صدر بعد الحظر كان على الإباحة دون الوجوب^(٧) ولم يكن أمراً على الحقيقة ولأن صيغته صيغة الأمر، واعتباراً به إذا سأل أن يكتبه بدون قيمته وإذا سأل يبيعه من غيره، ولأن السيد لا يجبر على بيع عبده إذا سأل^(٨) العبد ذلك اعتباراً بسؤاله يبيع غيره من أملاكه.

(١) قال الفيروزآبادى: المكتبة التَّكَاتِب وأن يكتبك عبدك على نفسه بثمنه فإذا أداه عتق. انظر القاموس المحيط (١/١٢١).

(٢) أخرجه أبو داود فى العتق (١٩/٤) ح (٣٩٢٦) وابن ماجه فى العتق (٢/٨٤٢) ح (٢٥٢٠) قال السندى: ذكره السيهاقى عن الشافعى ما يدل على أن الحديث لا يخلو من ضعف، لأن راويه نيهان. والحاكم فى المستدرک (٢/٢١٧).

(٣) ثبت فى (١) الأمة.

(٤) ثبت فى (ب) يخير.

(٥) وهو رواية عن أحمد بن حنبل وهو قول عطاء والضحاك وعمرو بن دينار. انظر المغنى لموفق الدين (٣٣٩/١٢).

(٦) ثبت فى (١) لائه.

(٧) ثبت فى (ب) الموجب.

(٨) ثبت فى (أ، هـ) شاء.

فصل

فأما إجبار السيد عبده على الكتابة: فقليل للسيد ذلك وقيل ليس له ذلك فوجه إثباته أنه لما كان للسيد أخذ ماله وإجباره على التكسب من غير عقد عتق يحصل له كان بأن يكون له ذلك مع النفع للعبد بحصول العتق أولى، ووجه نفيه أنه إجبار على معاوضة في حق نفسه لا لحق السيد فلم يكن له ذلك، أصله إجباره على شراء طيب يتطيب^(١) به.

فصل

الكتابة جائزة على ما يعتقد أنها عليه من قيمة العبد أو أقل أو أكثر مما يقع التراضي بها لأنها عوض على رقبته فجارت بالقليل والكثير مما يتفقان عليه كيبيعه من غيره، ولأن الكتابة إما أن يكون بيع العبد من نفسه بالعوض أو عتقاً^(٢) بصفة أدائه، وأى ذلك كان فلا يقضى قدرًا مخصوصًا ولا إجبار أحدهما الآخر على مقدار معين بل هو على التراضي.

فصل

الظاهر من قول مالك أن الكتابة تكون منجمة^(٣) وليس عنه نص في الكتابة الحالة ومحققو أصحابنا يقولون إنها جائزة^(٤) خلافاً للشافعي^(٥)، لأنها عتق بعوض فجارت مع تعجيله وتأجيله، أصله بيع العبد من نفسه، ولأن الأجل غير مستحق في عقد الكتابة كالثالث والرابع، ولأنه عقد بعوض فجارت كالمنجم.

(١) ثبت في (١) يطهر.

(٢) عتقاً: سقطت من (أ).

(٣) التنجيم: التقدير وهو أن يقول له: تعطيني في كل شهر أو في كل سنة كذا على ما تراضيا عليه ذكره الشيخ الآبي. انظر الشعر الداني (ص ٥٤٠).

(٤) ذكره ابن عبد البر في الكافي. انظر الكافي لابن عبد البر (٢/٩٨٨)، انظر الشعر الداني (ص ٥٤٠).

(٥) حيث قال: يشترط في العوض أن ينجم لجمين فصاعداً. انظر روضة الطالبين (١٢/ ٢١١)، (٢١٢)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/ ٤٦٠).

فصل

لا يعتق المكاتب ما بقى عليه شيء من الكتابة قل أو كثر خلافاً لما يحكى عن قوم من السلف^(١) وذلك لما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «المكاتب عبد ما بقى عليه شيء من كتابته درهم»^(٢) ولأن الكتابة عتق بصفة الأداء فمتى لم^(٣) يحصل الأداء لم يحصل العتق، ولأن عتق الإنسان جزءاً من عبده باختياره مبتدأً يوجب عليه تكميله وتتميمه الحرية فى باقيه، فلو قلنا إنه معتق منه بقدر ما أداه لوجب أن يعتق الباقي بالسراية أو بالحكم سواء أدى باقى الكتابة أو لم يؤد، وفى فساد ذلك دلالة على أنه لا يعتق إلا بأداء الجميع.

فصل

يستحب للسيد أن يضع عن المكاتب شيئاً من آخر كتابته على قدر ما تطيب به نفسه^(٤)، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ [النور: ٢٣] فجاء فى أكثر التفاسير أنه وضع شيء من الكتابة، ولأن فى ذلك رفقا بالعبد وحسن معاملته فكان مندوباً إليه، وليس ذلك بواجب خلافاً للشافعى^(٥) لقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»^(٦)، ولأنه عقد معاوضة على رقبة العبد كييعه من أجنبى ولأن الواجبات على ضربين مقدر بالنص، وموكل إلى الاجتهاد فى الكفاية، وما

(١) روى عن عمر وعلى رضى الله عنهما أنه إذا أدى الشطر فلا رق عليه وروى ذلك عن النخعى، وقال عبد الله بن مسعود رضى الله عنه: إنه إذا أدى قدر قيمته فهو غريم وقضى به شريح وقال الحسن فى المكاتب: إذا عجز استسعى بعد العجز ستين. وقال أبو بكر والقاضى وأبو الخطاب من أصحاب أحمد بن حنبل: إنه إذا أدى ثلاثة أرباع الكتابة وعجز عن ريعها عتق. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ٣٥٠).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ثبت فى (١) فما لم.

(٤) ذكره الشيخ أحمد الدردير. انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٣٨٨).

(٥) ذكره الإمام النووى. وقال: يجب على السيد إيتاء المكاتب واختار الرويانى فى الحلية أن الإيتاء مستحب وليس بشيء. انظر روضة الطالبين (١٢/ ٢٤٨). انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٥٨٥).

(٦) أخرجه الدارقطنى فى سننه (٣/ ٢٦) ح (٩٠) والبيهقى فى الكبرى (٦/ ١٦٦) ح (١١٥٤٥)، وانظر نصب الراية (٤/ ١٦٩).

تنازعناه خارج عن هذين الموضوعين^(١) لأنه موكول إلى الإرادة والاختيار وليس ذلك فى الأصول.

فصل

وتجوز مكاتبة العبد الذى لا حرفة له^(٢) لأنه يمكنه التعرض لوجوه المكاسب من الخدمة وغيرها ويكره ذلك فى الأمة^(٣) لما روى عن عثمان رضى الله عنه أنه قال لا تكلفوا الأمة الكسب فتكسب بفرجها^(٤).

فصل

وإذا أعتق المكاتب بالأداء تبعه ماله لأن الكتابة معاوضة عن النفس والمال ألا ترى أن السيد ممنوع من التعرض^(٥) لماله بانتزاع أو غيره، فإذا صح ذلك كان تابعاً له فأما ولده فلا يتبعه إذا كان قبل عقد الكتابة لأنهم ليسوا بملك له [فإذا صح ذلك]^(٦)، وإنما هو ملك للسيد فلا يتبعوا آباهم كما لا يتبعه سائر عبيد السيد إلا أن يشترطهم فيتبعونه بالشرط لا بالعقد ويصير السيد كأنه كاتب عدة عبيد له كتابة واحدة، وهذا إذا كانوا قبل عقد الكتابة.

[فأما إن حدثوا بعد عقد الكتابة]^(٧) فإنهم يتبعونه من غير شرط لأن كل حكم ثبت للأب ثبت للولد بملك اليمين من الحرية والرق، فأما ولده من زوجته فلا مدخل له فى هذا الباب لأنه تابع لأمه.

فصل

كل ما جاز أن يكون ثمنًا فى البياعات وأجرة فى الإجازات جاز أن يكون عوضاً فى

(١) الموضوعين: سقطت من (ب).

(٢) انظر المدونة (١٤/٣). وذكره ابن عبد البر وقال: تكره كتابة العبد والأمة اللذين لا صنعة لهما

ولا عمل بأيديهما وهى مع ذلك جائزة. انظر الكافى لابن عبد البر (٩٨٧/٢).

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ فى الاستئذان (٩٨١/٢) ح (٤٢).

(٤) انظر المدونة (١٤/٣)، انظر الكافى لابن عبد البر (٩٨٧/٢).

(٥) ثبت فى (١) العريض.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (١).

الكتابة^(١) لأنه عقد معاوضة كالبيع وغيره، وتجوز الكتابة على الوصفاء^(٢) من العبيد والإماء وإن لم يوصفوا ويكون له الوسط منهم في ذلك الموضع لأن المقصود منها الرفق وإكمال حرمة الحرية دون محض العوض كالمهر في النكاح.

فصل

وإن كاتبه وله أمة حامل تبعته الأمة ولم يتبعه الولد فإذا وضعت فالولد للسيد والأمة للمكاتب علم بحملها أم لا لما ذكرناه لأن الأمة ماله فيتبعه ولأن الولد ليس بمال له بل هو ملك لسيده، ويمنع المكاتب من بيعها إذا قلنا إنها لا تكون أم ولد بعد العتق حتى تضع فإذا وضعت كان له بيعها إذا شاء لأنه إن باعها حاملاً فالولد داخل معها في البيع وهو ملك غيره، وإن استثنى لم يعجز لأن استثناء الحمل [في البيع]^(٣) مبطل له فوجب لذلك الوقوف عليها إلى أن تضع.

فصل

يجوز بيع كتابة المكاتب خلافاً لأبي حنيفة والشافعي^(٤)، لأن بيع [الديون في]^(٥) الذمم جائز بدليل جواز المصارفة على الذهب الذي في الذمة [بالورق وعلى الورق الذي في الذمة]^(٦) بالذهب قبل قبضه، ولأنه لما جاز بيع العروض الحاضرة بالأثمان الغائبة جاز بيع الديون الغائبة بالعروض الحاضرة، ولأنه عقد معاوضة أحد طرفيه دين والآخر عين فكان مباحاً اعتباراً ببيع العين الحاضرة بالعين^(٧) الغائبة.

فصل

إذا ثبت ذلك فإن كانت الكتابة ذهباً أو ورقاً جاز بيعها بعرض معجل وإن كانت عروضاً فبذهب أو ورق معجلة أو بعرض مخالف لها معجل غير مؤجل، وإنما أوجب

(١) ذكره في المدونة، انظر المدونة (٣/٣). انظر الكافي لابن عبد البر (٢/٩٨٨، ٩٨٩).

(٢) الوصفاء: الوصائف ومنه الوصيفة والاسم الإيصاف والوصافة وهو الخادم والخادمة أو من بلغ حداً من الخدمة. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادي (٣/٢٠٤).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) ذكره الإمام النووي. انظر روضة الطالبين (١٢/٢٧٢).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٧) ثبت في (ب) بالدين.

ذلك لأنها لو بيعت^(١) وهى ذهب أو ورق بذهب [أو ورق]^(٢) دخل ذلك التأخير وبيع غائب بناجز وذلك ممنوع، وإن بيع بعرض مؤخر كان دينًا بدين، وإن بيعت وهى عروض بعروض من جنسها أكثر مما حصل منه عرض بعرضين من جنسه إلى أجل وذلك ممنوع فلم يبق إلا ما قلناه.

فصل

وهذا كله إذا بيعت من غير العبد، فأما إذا بيعت من العبد نفسه فلا معتبر بذلك كله وله أن يبيعها منه كيف شاء فينقله من ذهب إلى ورق ومن ورق إلى ذهب ومن عروض إلى عروض من جنسها ومن غير جنسها^(٣) لأن تقدير بيعها من العبد إنما هو ترك ما كاتب^(٤) عليه والعدول إلى مال معجل واستئناف كتابة أخرى غير الأولى ولا خلاف من قولنا إن للمكاتب أن ينقل نفسه من كتابة إلى كتابة أخرى.

فصل

وفى بيع الجزء من الكتابة روايتان^(٥): إحداهما المنع والأخرى الجواز. فوجه المنع أن ذلك يؤدي إلى أن المكاتب يؤدي كتابته أدامين مختلفين أحدهما: إلى السيد بعقد كتابته والآخر: إلى مبتاع [الجزء من]^(٦) كتابته وذلك غير جائز على أصله. ووجه الجواز اعتبارًا بسائر المبيعات لأن كل بيع مقصود فى نفسه فإذا جاز بيع كله جاز بيع جزئه وكذلك الكتابة.

(١) ثبت فى (ب) تبعت.

(٢) ما بين المعكوفين سقطت من (ل).

(٣) ثبت فى (ب) ومن جنس غيرها.

(٤) ثبت فى (ل) ما كانت عليه.

(٥) ذكرهما ابن عبد البر فى الكافى. وقال: واختلف قول مالك فى بيع جزء من كتابته فمرة أجاز ذلك ومرة كرهه. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩٩٧)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٣٩١).

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ل).

فصل

ولا يجوز بيع نجم من نجومه^(١) لأن ما يقابل النجم من رقبة المكاتب مجهول عند عقد البيع النجم^(٢) فلم يجز، فإذا ثبت ما ذكرناه نظر فإن أدى الكتابة إلى مبتاعها من سيده لأعتق كما لو أداها إلى سيده عتق لأن الصفة التي علق العقد عليها هي الأداء فدخلت^(٣)، ولأن المشتري قائم مقام السيد، ويكون ولاؤه للسيد الذي عقد كتابته لأن عتقه من جهته بما عقد له، وإنما ابتاع المشتري ما على المكاتب دون رقبته بعد ثبوت الولاء للسيد، والولاء لا يصح نقله بعوض ولا بغير عوض على ما قدمناه وإن عجز رق وكان ملكاً لمشتري كتابته لأنه قائم مقام سيده وقد ثبت أنه لو عجز قبل بيع السيد كتبته رق له وكذلك عجزه عن مشتريها، وإن مات قبل تمام الأداء عن مال ولم يترك ولد كانت عليهم كان المال المشتري كتابته عند سيده وإذا جاز بيع كتابة المكاتب جاز هبتها والوصية بها ثم الحكم فيها على ما ذكرناه.

فصل

والمكاتب أحق بشرائها استحساناً لحزمة العتق وإزالة الضرر عنه بدخول من لم يعهد معاملته عليه^(٤) والقياس غيره، وهذا إذا بيعت كلها فإن بيع بعضها لم يكن أحق بها^(٥) لأنه ليس له أن يعجل لبعض ساداته حقه دون الباقيين لأن ذلك يؤدي إلى عجزه، ولأنهم شركاء في كتابته ومتساوون في قبضها منه فليس لبعض أن يختص بتعجيل حقه منها من غير إذن شركائه كسائر الديون المشتركة.

(١) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافي (٢/٩٩٧)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٩١/٤).

(٢) ثبت في (ب) للنجم.

(٣) ثبت في (ب) قد حصلت.

(٤) عليه: سقطت من (ب).

(٥) نص عليه في الموطأ. انظر الموطأ للإمام مالك (٢/٧٩٧)، وذكره ابن عبد البر في الكافي. وقال: وإنما يكون له الحق في شراء الكتابة إذا بيعت كلها لما في ذلك من تعجيل عتقه. انظر الكافي لابن عبد البر (٢/٩٩٧).

فصل

إذا عجل المكاتب كتابته لم يكن للسيد الامتناع من أخذها لأن الأجل حق له ورفق به فإذا رضى بإسقاطه كان له ذلك فإن كان السيد شرط عليه مع الكتابة سفرًا أو خدمة فعجل الكتابة فهل يسقط عنه ما شرط عليه أم لا ففيها روايتان: إحداهما سقوطه^(١) والأخرى ثبوته.

فوجه سقوطه أنه تابع للكتابة فإذا تعجلت سقط ما يتبعها.

ووجه ثبوته أنه بعض العوض في عتق الرقبة فلم يسقط عنه كالكتابة فإذا قلنا إنه لا يسقط فيخرج ما يلزمه على روايتين: إحداهما أنه يؤديه بعينه، والأخرى يؤدي قيمته، ومن أصحابنا من يقول إن كانت خدمة أو منفعة سقطت وإن كانت نوعًا آخر من المال لزم ولم يسقط.

فصل

وإذا مات المكاتب وترك^(٢) ولدًا معه في الكتابة إما بالولادة أو بالشرط وترك مالا لم تنفسخ الكتابة، خلافًا للشافعي^(٣) لأن عقد الكتابة قد تضمن إلزام السيد نفسه عتق المكاتب وولده الداخلين معه في العقد بالشرط والولادة بصفة أداء المال إليه فلم يكن للسيد فسخ العقد في حقهم كما لم يكن له ذلك في حق العبد نفسه ولم يكن له أيضًا فعل^(٤) ما يؤدي إلى ذلك من انتزاع المال فيه.

فصل

إذا ثبت أن العقد لا يبطل بموته، وإنما ذلك إذا كان معه ولد داخل في الكتابة لأنه إن كاتب^(٥) على نفسه وحده ومات ولا ولد معه في كتابته أو كان ولده أحرارًا أو عماليك لغير سيده، أو مكاتبون كتابة منفردة عن كتابته فإن العقد يبطل والمال الذي يتركه

(١) نص عليه الإمام في الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٨٠٠). انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ٩٩٨).

(٢) ثبت في (ب) ولم يترك.

(٣) قال الشيخ الشيرازي: فإن مات العبد بطل العقد لأنه فات المعقود عليه قبل التسليم فبطل العقد.

انظر المهذب للشيرازي (٢/ ١١).

(٤) فعل: سقطت من (أ).

(٥) ثبت في (ب) كانت.

للسيد. خلافاً لأبى حنيفة فى قوله إن ولده الأحرار يقومون^(١) مقامه ويرثونه^(٢)، لأن الموارث موضوعة على تساوى الحرم وهذا مات مكاتباً لا عبداً على الإطلاق ولا حرّاً بل مكاتباً له حكم مخالف لحكم الحر ولحكم العبد فلم يرثه ولده الأحرار ولا العبيد وورثه من شركه فى عقد الكتابة.

فصل

وإذا ترك ولدك معه فى الكتابة فينظر: فإن كان فى المال الذى خلفه وفاء أدت الكتابة حالة، وعتقوا وورثوا الباقي^(٣).

وإنما وجب أداء المال لأن فائدة إيقافه العقد مع بطلانه بموت العبد أن يحصل الأداء فيعتق ولده، ولأنه لما كان العتق لازماً فى حقهم كلزومه فى حق أبيهم لزمهم الأداء كما كان لازماً لأبيهم.

وإنما قلنا إنه تؤدى حالا فلأن الديون المؤجلة تحل بموت من تكون عليه، وإنما عتقوا عند الأداء بحصول الصفة التى عتقهم معلق بها، ولأن الأب لو كان حياً وأدى المال لعتق كذلك الولد.

وإنما قلنا إنهم يرثون ما بقى لمساواتهم الأب فى الخدمة على ما قدمناه، وهذا إذا ترك ما فيه وفاء، أما إن ترك دون الوفاء فإن كان الولد كبيراً يقدرون على السعى وقالوا نحن نسعى ونؤدى بقية المال فى نجومه لزم ذلك السيد لأنهم يقومون مقام أبيهم والعقد ثابت لهم كما كان ثابتاً لأبيهم، فإن كانوا صغاراً لا فضل فيهم للسعى فينظر^(٤) فإن كان فى المال أداء^(٥) أدى على نجومه إلى وقت بلوغهم فإنه يؤدى وذلك لأنهم غير عاجزين مع القدرة على الأداء ثم إذا بلغوا نظر: فإن أمكنهم السعى فى البقية وإلا رقوا.

وإن لم يكن لهم فى المال فضل للنجوم إلى أن يبلغوا السعى رقوا لعجزهم ولم يلزم السيد انتظارهم إلى وقت البلوغ كما لا يلزمه انتظار العبد إذا عجز إلى أن يكسب مالا

(١) ثبت فى (١) يقيمون.

(٢) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٣٠٠)، انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٢٠٨).

(٣) ذكره الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٨٠١). انظر المدونة (٣/ ٣٥)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٩٤).

(٤) ثبت فى (ب) نظر.

(٥) ثبت فى (١) فضل.

يؤدى منه، وعلى أى وجه كان فلا يلزم السيد أن يحفظ عنهم شيئاً من الكتابة بموت أبيهم لأن عتقهم معلق بصفة وهى أداء جميع الكتابة فلما لم يحصل فالتحق غير واقع.

فصل

وإذا كان مع المكاتب فى كتابته من قراباته إخوة أو غيرهم فعنه فى توريثهم منه روايتان: إحداهما أنهم يرثونه كالولد^(١)، والأخرى أنه لا يرثه إلا ولده دون سائر أقاربه، فوجه الأولى إن كان من ورثه بعض ورثته بنسب أو بسبب ورثه جميعهم كالأخر، ولأنهم مساوون له فى الحال والحرية فكان التوارث ثابتاً بينهم وبينه كالولد، ووجه الثانية أن الولد يدخلون معه فى كتابته إذا حدثوا بعد عقدها فاقتصوا لذلك بميراثه دون سائر القرابة^(٢).

فصل

يجوز أن يجمع السيد جماعة من عبيده فى كتابة واحدة^(٣) خلافاً للشافعى فى أحد قوليه^(٤) لقوله عز وجل : ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور : ٢٣] ولم يفرق ، ولأنه ألزم نفسه عتقهم بشرط أدائهم المال كما لو أفردهم لأن البدل معلوم فى الجملة وإن لم يوقف على تقسيطه فى الحال كما لو باع ثلاثة أعبد بألف درهم لجار وإن لم يعلم قسط كل واحد.

فصل

ولا يعتقون إلا بأداء جميع المال خلافاً للشافعى فى قوله أن من أدى منهم بقدر نصيبه يعتق^(٥)، لأن عقد الكتابة وقع عقداً واحداً فلم ينفرد به بعضهم دون بعض، أصله كتابة العبد الواحد أنه إذا أدى بعضها لم يعتق منه بقدر ما أدى.

(١) نص عليها الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٨٠١/٢). انظر الكافى لابن عبد البر (٩٩٤/٢).

انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٩٩/٤).

(٢) ثبت فى (ب) قرايته.

(٣) ذكره الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٧٩٢/٢) انظر الثمر الدانى (ص ٥٤٢).

(٤) ذكره الشيخ الخطيب الشربى. وقال: وهو قول مخرج والنص أنه تصح الكتابة. انظر مغنى

المحتاج (٥٢٠/٤)، انظر روضة الطالبين (٢١٦/١٢).

(٥) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (٢١٦/١٢)، انظر مغنى المحتاج (٥٢٠/٤).

فصل

ويلزم كل واحد بقدر قوته فى السعى وما يطيقه وبعضهم حملاء عن بعض إذا أدى الكتابة واحد منهم عتق الكل ورجع المؤدى على الباقيين بقدر ما يحتمل^(١) كل واحد منهم ممن فيه فضل للسعى [وليس للسيد أن يتدئ إعتاق واحد منهم]^(٢) لأن فى ذلك تعجيز الباقيين لتقويتهم بسعيه معهم.

فصل

وإذا طلب المكاتب تعجيز نفسه وأبى عليه السيد وله قدرة على الأداء لم يكن له ذلك خلافاً للشافعى^(٣)، لأن الكتابة عقد يتضمن تسمية العوض فإذا رضى به العبد والتزمه^(٤) لم يكن له أن يرجع عنه من غير عذر كسائر العقود، ولأنه لما لم يكن للسيد الرجوع لأن فى ذلك إسقاط حق العبد فى حق عقد ثبت تراضيهما واجتماعهما عليه فكذلك العبد.

فصل

فإذا أجابه السيد إلى ذلك فكان^(٥) العبد له ولد فليس لهما ذلك، لأنه قد تعلق بهذا العقد حق لغيرهما وهو الولد الذى يعتق بالكتابة إذا أدت فإذا أعجز العبد نفسه كان فى ذلك إسقاط حق الولد من العقد ورده إلى الرق وليس ذلك له لأن الإنسان يملك من إسقاط حق نفسه مالا يتعدى إلى إسقاط حق غيره.

فصل

وإن لم يكن له ولد ففيه روايتان: إحداهما جواز ذلك والآخرى: منعه.

فوجه الجواز أن الحق فى عقد الكتابة لا يتعدها فإذا تراضيا على فسخه جاز كتقابل

(١) ثبت فى (ب) ما يحمل.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) فى قوله أن يجوز للسيد الفسخ. انظر المذهب للشيرازى (١٥/٢). وقال الإمام النووي: السيد بالخيار إن شاء فسخ وإن شاء صبر. انظر روضة الطالبين (٢٥٧/١٢).

(٤) ثبت فى (أ) ألزمه.

(٥) ثبت فى (ب) فإن كان.

المتبايعين، وإنما المتنوع ما يتعدى إلى إسقاط حق غيرهما.

ووجه منعه أنه يؤدي إلى إبطال حق الله تعالى من العتاقة التي قد التزمها، عقدها، وليس لأحد أن يرد نفسه إلى الرق بعد عتقه أو ثبوت عقده.

فصل

وأما إذا لم يكن للعبد مال فله تعجيز نفسه وللسيد تعجيزه^(١) لأنه ليس في ذلك إبطال حق أحدهما من غير رضاه، ولا إبطال حق الله تعالى؛ لأنه لم يعد بضرر على أحدهما.

فصل

الحمالة بكتابة العبد غير جائزة^(٢) لأنها لو لزمّت للزم أداؤها على نجومها، ولو فعل ذلك فعجز المكاتب لم يقدر الحميل أن يرجع بما آداه عن العبد عليه ولا على السيد فيكون ذلك من أكل المال بالباطل.

فصل

ليس للمكاتب أن يهب شيئاً من ماله ولا يتصدق به ولا ينكح ولا يسافر إلا بإذن سيده^(٣) لأن في هبته ماله ومحاباته ما يؤدي إلى عجزه، وكذلك في نكاحه لأنه يلزمه مهر ونفقة.

وأما السفر فإن كان قريباً جاز لأن حكم القريب حكم الحاضر، ولأنه محتاج إلى التصرف والتكسب لأداء ما عليه من الكتابة، وأما البعيد فللسيد منعه منه لأن فيه تغرير بنفسه وإضرار بسيده^(٤).

(١) انظر المدونة (١١/٣)، انظر الكافي لابن عبد البر (٩٩٦/٢)، انظر الثمر الداني (ص ٥٤١).

(٢) نص عليه الإمام في الموطأ. انظر الموطأ (٧٩١/٢)، انظر المدونة (٢٦/٣)، انظر الكافي لابن عبد البر (٩٩٨/٢).

(٣) ذكره الشيخ أحمد الدردير. انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٩٧/٤).

(٤) ذكره الشيخ الدسوقي في حاشيته. انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٩٧/٤)، انظر الثمر الداني (ص ٥٤٣).

فصل

وليس للسيد أن ينتزع ماله^(١) ما دام على كتابته لأن في ذلك إبطال لعقد الكتابه فليس له ذلك لأنه إذا لم يكن له تعجيزه لم يكن له ما يؤدي إليه .

فصل

يجوز مقاطعة المكاتب سيده على ما شاء وإن دخله وضع وتعجيل وغير ذلك مما يمنع منه في البيع^(٢) ، ولأننا قد بينا أن ذلك انتقال من كتابة إلى كتابة^(٣) وعدول عما وقع عليه الأول، ويفارق ذلك البيع لأن الثمن فيه دين ثابت متقدر لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء بخلاف ما عليه المكاتب .

فصل

وإذا أسلم مكاتب النصراني بيعت كتابته من مسلم^(٤) لأن ملكه عليه لا يجوز استدامته ولا يجوز بيع رقبته لما ثبت له من عقد الحرية^(٥) فلم يبق إلا بيع كتابته .

وقال شيخنا أبو القاسم - [رحمه الله]^(٦) - يخرج فيه رواية أخرى وهو جواز بيع رقبته بناء على قوله في أم ولده إذا أسلمت ولم يسلم هو أنها تباع وهي أعلى حرمة من المكاتب، وقال عبد الملك بن الماجشون: يقال للمكاتب إذا أسلم: إن أديت الكتابة ناجزة^(٧) عتقت بأدائها وإلا بيعت رقبته وقال إسماعيل بن إسحاق مطالبة المكاتب بأداء الكتابة عليه حالة ظلم له ولا يلزمه .

فصل

إذا أدى الكتابة إلى مبتاعها وعتق فولأؤه للمسلمين ما دام السيد نصرانياً فإن أسلم

(١) ثبت في (أ) وليس له أن ينتزع ماله .

(٢) نص عليه الإمام في الموطأ . انظر الموطأ (٧٩٢/٢) ، انظر المدونة (٧/٣) .

(٣) ثبت في (ب) عتاقه .

(٤) انظر المدونة (٢٢/٣) .

(٥) ثبت في (أ) عقد الحرب .

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (أ) .

(٧) ثبت في (ب) بأجرة .

عاد إليه الولاء^(١) لأن الميراث بالولاء كالميراث بالنسب لأن من استحق الميراث بالنسب استحقه بالولاء، والنصراني لا يرث بسببه وليه المسلم فلم يرث مكاتبه، فإذا أسلم ورثه لاستوائه معه في الحرية والديانة.

فصل

إذا وصى لمكاتبه بكتابتة كلها وضع في الثلث الأقل من قيمة كتابته أو قيمة رقبته فإن خرج ذلك من ثلثه عتق كله وإلا بقدر ما يحمله الثلث وإن وضع عنه بعض الكتابة ولم يحمله الثلث^(٢) يجعل في الثلث الأقل مما وصى له به أو قدر ما قابله من رقبته ثم عتق من رقبته بقدر ما خرج من ثلثه ووضع عنه من كتابته بقدر ما عتق من رقبته وكان ما بقى مكاتبًا بما بقى من كتابته إن أداه عتق كله وإن عجز عنه رق باقيه^(٣) ولم يرق ما كان عتق منه^(٤).

وإنما راعينا^(٥) أقل الأمرين احتياطا للعتق ولتأكيد حرمة، ولأن تبعيضه غير جائز وتكميله إن بعض واجب، ولا يتوجه للورثة مقال في ذلك لأننا قد قدمنا الكتابة لكونها أقل من قيمة الرقبة فلا مقال لهم لأن السيد لم يكن يملك من المكاتب سوى الكتابة.

[وإنما قلنا]^(٦) إن قومنا الرقبة لكونها أقل قيمة من الكتابة فلا مقال لهم أيضًا لأن المكاتب لو عجز عن كتابته لم يكن للسيد منه ولا لورثته سوى رقبته فل يكن لهم اعتراض في الوجهين.

فصل

حال المكاتب ما دام في كتابته^(٧) حال عبد في جراحه وحدوده وشهادته وطلاقه

(١) ذكره في المدونة. انظر المدونة (٢٢/٣).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٣) ثبت في (ب) بما فيه.

(٤) نص عليه الإمام في الموطأ. انظر الموطأ (٨٠٩/٢)، انظر المدونة (٣١/٣)، انظر الكافي لابن عبد البر (٩٩٨).

(٥) ثبت في (١) رأينا.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٧) ثبت في (ب) الكتابة.

وقذفه ونفى القصاص عن قاتله إذا كان حراً وغير ذلك من أحكام العبد^(١) لأن الحرية لم تنقر لإمكان أن يعجز فيعود إلى الرق، ولأن أم الولد أكد^(٢) حرمة عنه لأن الفسخ مأمون عليها وغير مأمون على المكاتب ومع ذلك فأحكامها في هذه الأشياء أحكام العبد^(٣) والمكاتب أولى.

فصل

ليس للسيد أن يسطأ مكاتبته^(٤) لأن عتقها معلق بأجل كتابتها فكانت كالمعتقة إلى أجل، ولأنها قد تحمل وتصير أم ولد ولا تجوز مكاتبته أم ولد فإن وطئها ولم تحمل فهي على كتابتها لأن مجرد الولاء لا يغير حكمها ولا يوجب تنجيز عتقها فإن حملت خبرت بين فسخ الكتابة وبين كونها أم الولد والإقامة على الكتابة^(٥).

وإنما وجب ذلك لأن مكاتبته أم الولد لا تجوز بغير رضاها فلذلك^(٦) كان لها فسخ الكتابة، وإن اختارت البقاء على الكتابة كان لها ذلك لأن فيها تعجيل عتقها، إذا أدت عتقت وإن عجزت كانت أم ولد.

فصل

جراح المكاتب وجنائته في رقبته [وماله]^(٧) والمجنى عليه مبدئ^(٨) على السيد^(٩) لأن سببه أكد وحقه أقوى فإن قدر المكاتب على أداء أرش الجناية والكتابة أداها وبدأ بأرش الجناية^(١٠) وأقام على الكتابة، وإن عجز عن ذلك بطلت الكتابة ورجع رقيقاً وخير سيده

(١) ثبت في (ب) العبيد.

(٢) ثبت في (أ) أكثر.

(٣) ثبت في (ب) العبيد.

(٤) انظر المدونة (١٦/٣)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٠٢/٤).

(٥) انظر المدونة (١٦/٣)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٠٣/٤).

(٦) ثبت في (ب) فكذا.

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٨) أى: يقدم على السيد فى أخذ أرش الجناية عن لجوم الكتابة.

(٩) قال الإمام مالك فى الموطأ: وينبغى أن يؤدى عقل الجرح قبل الكتابة. انظر الموطأ للإمام مالك

(١٠) (٧٩٥/٢)، انظر الكافى لابن عبد البر (٩٩٣/٢).

(١٠) ثبت فى (ب) الجراح.

كما يخير في العبد الرق بين افتكاكه أو إسلامه .

فصل

وإن جرح المكاتب فعقله عقل عبد^(١) لأنه باق على الرق ما لم يكمل منه الأداد ويدفع العقل إلى سيده ولا يُمكن المكاتب من التصرف فيه لأنه قد يتلفه ثم يعجز فيعود رقيقاً معيباً في جسده، ويحتسب له بالعقل من كتابته فإن كان تمام ما عليه عتق فإن عجز تمه مما يؤديه، وإن كان فيه فضل كان له دون السيد لأنه قد صار حراً بأداء الكتابة فوجب أن يملك عقل جنائته .

* * *

(١) نص عليه الإمام . انظر الموطأ (٧٩٦/٢)، انظر الكافي لابن عبد البر (٩٩٣/٢).

٣٤ كتاب المدبر^(١)

التدبير أن يقول الرجل لعبده: أنت حر عن دبر منى، أو أنت مدبر، أو إذا مت فأنت حر بالتدبير، أو ما أشبه ذلك مما يعلم أنه قصد به إيجاب عتقه بموته مطلقاً على وجه الوصية، وأما إن قال: إن مت من هذا المرض أو هذا السفر فإن ذلك كالوصية يجوز له الرجوع فيه وإبطاله.

فصل

ومن دبر عبده ولا دين عليه لم يجز له بيعه ولا هبته ولا نقض تدبيره بوجه ما دام حياً^(٢) خلافاً للشافعى^(٣)، ولقوله عز وجل: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] ولقوله ﷺ: «المدبر لا يباع ولا يوهب»^(٤)، ولأن عتقه معلق^(٥) بموت سيده على الإطلاق كأم الولد.

فصل

إذا مات السيد نظر فإن لم يكن عليه دين وكان له مال يخرج من ثلثه عتق في الثلث

(١) التدبير في اللغة: النظر في عاقبة الأمر وعتق العبد في دبر وهو مصدر دبر العبد والأمة تدبيراً إذا علق عتقه بموته لأنه يعتق بعد ما يدبر سيده. انظر القاموس المحيط (٢/٢٧). انظر المطلع للشيخ شمس الدين البعلبي (ص ٣١٥).

وفي الاصطلاح: قال الشيخ ابن عرفة الدسوقي: هو عقد يوجب عتق مملوك في ثلث ماله بعد موته يعتق لازم. انظر شرح حلود ابن عرفة للرباع (٢/٦٧٣).

(٢) ذكره في المدونة. انظر المدونة (٣/٣٧)، انظر الكافي لابن عبد البر (٢/٩٨٢).

(٣) ذكره الإمام النووي: فقال: يرتفع التدبير بخمسة أمور منها إزالة الملك فليسيد إزالة الملك عن المدبر بالبيع والهبة والوصية وغيرها. انظر روضة الطالبين (١٢/١٩٤)، انظر مغنى المحتاج (٥١٢/٤).

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه (٤/١٣٨) ح (٥٠) وذكره الحافظ ابن حجر وقال أبو حاتم: عبيدة منكر الحديث انظر تلخيص الخبير (٤/٢٣٧).

(٥) ثبت في (ب) يتعين.

وإنما وجب عتقه لوجود الصفة التي كان العتق معلقاً عليها وهي موت السيد كأم الولد، وإنما قلنا: إنه يعتق في الثلث دون رأس المال خلافاً لداود^(١)، لما رواه أبو قلابة أن النبي ﷺ قال: «المدير من الثلث»^(٢) ولأن كل عتق بعد الموت بالقول من الثلث كالموصى بعتقه، لأن المعتق^(٣) يتلافى المرض أكد حرمة^(٤) من المدير ثم يعتق من الثلث فالمدير أولى.

فصل

وإن لم يحمل الثلث عتق منه بقدر ما يحمله ورق باقيه وكذلك لو لم يترك غيره عتق ثلثه ورق ثلثه للورثة، ولا يجب عليه أن يسعى في فكاك رقبته خلافاً لأبي حنيفة لما بيناه في العتق.

فصل

وإن كان على السيد دين يبيع جميعه إن أحاط الدين بماله وإلا فبقدر إحاطة الدين بماله وعتق ثلث ما بقي ورق ما بقي بعد عتق الثلث منه للورثة وعند أبي حنيفة أنه لا يباع في الدين ولكن يسعى للغرماء فإذا أدى مالهم خرج حراً^(٥) ودليلنا أن التدبير يجري مجرى الوصية والدين مقدم على الوصية فلو قدمنا عتق العبد على الدين لكان في ذلك أحد أمرين ممنوعين: إما تقديم الوصية على الدين ليتعجل العبد العتق^(٦) ويحصل الغرماء على سعاية متأخرة أو انتزاع العبد من أيديهم وإحالتهم في سعاية لا يدرى

(١) وروى هذا القول عن ابن مسعود ومسروق ومجاهد والنخعي وسعيد بن جبير. وهو رواية عن أحمد بن حنبل.

وقال ابن قدامة: وليس عليها عمل، قال أبو بكر: هذا قول قديم رجع عنه أحمد إلى ما نقله الجماعة. انظر المغنى لموفق الدين (٣٠٨/١٢).

(٢) الحديث من طريق ابن عمر، أخرجه ابن ماجه في العتق (٢/٨٤٠) ح (٢٥١٤)، والدارقطني في سننه (١٣٨/٤) ح (٤٩)، وذكره الحافظ ابن حجر وقال: الشافعي والحفاظ يقفونه على ابن عمر. انظر تلخيص الحبير (٢٣٧/٤) ح (٢).

(٣) ثبت في (ب) العتق.

(٤) حرمة: سقطت من (ب).

(٥) ذكره الشيخ المرغيناني (٢/٣٥٠). انظر الهداية للمرغيناني (٢/٣٥٠)، انظر الاختيار للموصلي (١٩٣/٣).

(٦) ثبت في (أ) المعتق.

أتصح أم لا بغير رضاهم وإلزام العبد الاستسعاء بغير جناية كانت منه وكل ذلك باطل فلم يبق إلا ما قلناه.

فصل

وإذا دبر بعض عبده كمل عليه جميعه اعتباراً بالعتق لأنه ضرب منه وإن دبر^(١) بعض عبد بينه وبين شريكه بإذنه أو بغير إذنه تقاومه فإن صار للذى دبر كمل عليه تدبيره وإن صار للآخر رق وإن شاء الذى لم يدبر أن يقوم نصيبه على الذى دبر كان له ذلك^(٢)، وإنما قلنا إنهما يتقاومانه ليمنع^(٣) التبعض فيه وأجزنا إبطاله إن صار للذى لم يدبر لأن التدبير ليس مستقراً لا محالة لأنه قد يظل باستغراق الدين التركة وقد قيل إنه لا يجوز إلا تقويم الحصة على الشريك^(٤) الذى يجبر عليه صاحبه إن كان المدبر موسراً اعتباراً بالعتق إلا أن يشاء الآخر أن يدبر فيكمل التدبير كما يختار الشريك فى العتق أن يعتق فيكمل العتق.

فصل

ولد المدبر من أمته بمنزلته. لأن كل ولد حدث عن ملك اليمين تبع أباه فى الحرية والرق أصل ذلك إذا ابتاع الحر أمة فأولدها، ومن دبر أمة وهى حامل علم بحملها أو لم يعلم أو حملت بعد التدبير فولدها بمنزلتها، أما حملها إذا صادفها التدبير فلأنه داخل فى العقد على رقبته بالبيع والهبة والكتابة وسائر العقود على الرقبة فكذلك التدبير.

فأما إذا أحدثوا بعد التدبير فإن كل ولد حدث من نكاح أو زنا فهو تابع لأمه فى الحرية والرق اعتباراً بولد العبد إذا تزوج الحرة أو بولد الحر إذا تزوج الأمة، ويقومون مع أمهم قيمة واحدة لا يقوم بعضهم على بعض لتساوى حرمتهم ولوجوب التدبير لهم والرجل أن يطأ مدبرته^(٥) لأن ذلك غير ناقض لتدبيرها بل هو مؤكد له لأنها قد تحمل

(١) ثبت فى (١) دبر.

(٢) نص عليه الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/٨١٥). انظر المدونة (٣/٤١). وقال ابن عبد البر: وقيل: يكون نصفه مديراً والأول قول الإمام مالك. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩٨٤).

(٣) ثبت فى (ب) لمنع.

(٤) ثبت فى (ب) المدبر.

(٥) انظر الموطأ (٢/٨١٤)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩٨٣)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٣٨٣).

فتكون أم ولد وذلك أقوى من التدبير، ويفارق المكاتبه لأن تلك تستعجل العتق بالأداء ففى كونها أم ولد تأخير عتقها.

فصل

للرجل استخدام مديره وإجارته^(١) لأنه على الأصل فى ملك تصرفه وإنما منع من نقض التدبير فقط وليس فى ذلك نقض له والفرق بينه وبين أم الولد أنه ليس له من أم الولد إلا الوطء فقط وهى أكد حكماً من المدبر لأنه لا يزول حكم الاستيلاد بدين ولا غيره بخلاف التدبير.

فصل

وله انتزاع ماله لأن أحكامه^(٢) أحكام العبد إلا فيما يقتضى نقض التدبير وليس فى انتزاع ماله نقض التدبير، ويستحسن فى مرض السيد المخوف للسيد أن لا ينتزع ماله بقرب عتقه فإنه ينتزعه لغيره لا لنفسه^(٣).

إذا أسلم مدبر النصرانى خورج عليه فدفع إليه خراجه ولم يبيع عليه، وإنما ينتظر موته فيعتق من ثلثه إن حملة أو حمل منه^(٤)، وإنما قلنا ذلك لأنه لا يجوز ثبوت ملك النصرانى على المسلم ولا استخدامه بالرق ولا يجوز بيعه لما ثبت له من الحرية^(٥) فى حياة سيده فوجب أن يؤجر عليه من مسلم ويدفع خراجه إلى سيده فإذا مات عتق من ثلثه^(٦) وكان ولاؤه للمسلمين ما دام السيد نصرانياً فإن أسلم عاد إليه الولاء، ويتخرج فيها رواية أخرى وهى: أنه يساع عليه ويدفع الثمن إلى النصرانى^(٧) اعتباراً ببيع أم ولده إذا أسلمت وحرمة الاستيلاد أقوى من حرمة التدبير.

(١) نص عليه الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/٨١٤)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩٨٣)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٣٨٣).

(٢) ثبت فى (١) أحكامها.

(٣) نص عليه فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/٨١٤)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩٨٣)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٣٨٣). انظر الثمر الدانى (ص ٥٣٩).

(٤) نص عليه الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/٨١٥)، انظر المدونة (٣/٤٦)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩٨٥).

(٥) ثبت فى (ب) الحرمة.

(٦) ثبت فى (أ) ثلاثة.

(٧) ثبت فى (ب) إليه.

فصل

إذا قتل المدبر قيمته لسيده لأن أحكامه أحكام العبد في حياة سيده، وكذلك له أرش جنائية أعضائه فإذا أخذ ذلك فهو في ملك له يعمل به ما شاء ولا يلزمه أن يجعله في مدبر آخر لأن السيد لا صنع له في قتله فكان قتله كموته وكانت قيمته بمنزلة ماله الذي يتركه بعد موته أنه للسيد بالرق لا بالميراث.

فصل

جنائية المدبر في خدمته دون رقبته^(١) لأن يبيعه غير جائز ولا يجوز إسلام رقبته إلى المجنى عليه فلم يبق إلا إسلام خدمته، لأن ذلك هو الذي يملكه السيد منه والسيد مخير إن شاء افتكه بأرش جنائته وإن شاء أسلم خدمته فإن أسلمها اختدما المجنى عليه لأنها ملك له بدلا من جنائته وأجره وأخذ أجرته.

وإن كان للمدبر مال تعلقت الجنائية بخدمته وماله اعتبارا بالحر في تعلق جنائته بدمته وماله فإن كان في المال وفاء بأرش الجنائية استوفى منه وإن لم يكن فيه وفاء تعلق الفضل بخدمته وأخذ المجنى عليه حقه منها فإذا استوفى أرش الجنائية زال تعلقه منه، فإن كان السيد حيا عاد مدبرا على حاله، لأن السيد يملك باقي خدمته مدة حياته فإن مات السيد قبل أن يستوفى المجنى عليه أرش جنائته بأن كان له مال يحمل ثلث المدبر عتق في الثلث لأنه لا شيء يمنع عتقه وما بقي من أرش الجنائية دين عليه لأن الجنائية لا تبطل أرشها لأنها إما أن تتعلق بالرقبة أو بالذمة، وتعلقها بالرقبة^(٢) في هذا الموضع متعذر للحرمة التي له بالتدبير فلم يبق إلا تعلقها بالذمة ولأنه لما كانت جنائية الحر متعلقة بدمته كذلك جنائية المدبر [بعد حرته وعن مالك رواية أخرى أن ما بقي من الأرض يبطل بحرية المدبر]^(٣).

ووجه ذلك أن الأرض كان معلقا بخدمته دون رقبته فلما بطلت بحريته بطل الحق المتعلق بها ببطلانها كموته، هذا كله إذا كان للسيد مال [يعتق فيه فإن لم يكن للسيد

(١) نص عليه الإمام في الموطأ. انظر الموطأ (٢/٨١٥)، انظر الكافي لابن عبد البر (٢/٩٨٥)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٣٨٤).

(٢) ثبت في (١) بالذمة.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

مال^(١) غيره عتق ثلثه فكان ثلثاه رقًا للورثة ويلزم المدبر ثلث ما بقى من أرش الجناية دينًا فى ذمته على أظهر الروايتين.

وعلى الرواية الأخرى يبطل عنه ويخير^(٢) الورثة فى افتكاك الثلثين بثلثى أرش الجناية أو إسلامه من رقبته إلى المجنى عليه^(٣) لأنه قد صار رقًا وبطل التدبير فى ما زاد على ثلثه فإن أسلموه كان مالكًا للمجنى عليه لأن المانع كان من إسلامه بشبوت التدبير وإذا بطل التدبير بضيق المال عنه وجب تعلق ما بقى من أرش الجناية برقبته.

فصل

يجوز للسيد أن يقاطع مدبره على مال يأخذه منه ويعجل له العتق فإذا فعل ذلك وتعجل ثم مات السيد قبل أخذ المال لم يسقط عنه بموت سيده^(٤) لأنه دين تعلق بذمته ولا يعتبر فى ذلك خروجه من الثلث لأن الحرية قد سبقت له قبل موت السيد فينجز^(٥) عتقه بالعوض دون التدبير.

ويجوز أن يكاتبه كتابة منجمة فإن أداها قبل موت السيد عتق وإن مات السيد قبل أدائها عتق بالتدبير وسقط عنه باقيها أو جميعها إن كان لم يؤد شيئًا منها فإن لم يكن له مال غيره عتق ثلثه كما لو لم يكن كاتبه وسقط عنه [ثلث الكتابة لأنه لو عتق لسقطت الكتابة عنه فإذا عتق بعضه^(٦) سقط عنه بقدر ما عتق منه ويبقى ثلثاه مكاتبًا بثلثى الكتابة فإن أداها عتق وإن عجز رق للورثة والله أعلم^(٧).

* * *

(١) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٢) ثبت فى (١) ويجبر.

(٣) ذكره الشيخ ابن عرفة الدسوقي. انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٣٨٤).

(٤) نص عليه الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/٨١١). انظر الكافى لابن عبد البر (٩٨٥، ٩٨٦).

(٥) ثبت فى (١) فيجوزه.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٧) والله أعلم: سقطت من (١).

٣٥ كتاب أمهات الأولاد^(١)

إذا حملت الأمة من سيدها فقد ثبت لها حرمة^(٢) حرية تمنع بيعها وهبتها والمعاوضة على رقبتها أو من خدمتها أو إسلامها في جناية أو عتقها عن سبب يوجب العتق من كفارة أو نذر أو غير ذلك، ولم يبق فيها إلا الاستمتاع بها في حياته واستخدامها فيما يقرب ولا يشق، سواء وضعت ولدًا ميتًا أو حيًا كامل الحلقة أو ناقصًا أو أسقطت مخلقًا أو غير مخلق، علقه أو مضغه أو ما يعلم أنه حمل، فإذا مات سيدها عتقت من رأس ماله كان له مال سواها أو لم يكن له غيرها، كان عليه دين أو لم يكن لا سبيل للغرماء عليها في حياته ولا بعد موته ويتبعها مالها إذا عتقت قبل^(٣) موته وله انتزاعه في حياته.

وإن حملت منه قبل ملكه لها ووضعت ثم ملكها لم تكن بذلك أم ولد، فإن ملكها بعد الحمل وقبل الوضع ففيها روايتان: إحداهما أنها تكون أم ولد، والأخرى أنها لا تكون أم ولد^(٤) وفي إجباره إياها على التزويج روايتان.

وولدها من غيره بمنزلتها في منع بيعهم إلا أن له إجارتهم بخلاف أمهم، وقيمتها إن قتلت^(٥) وأرش جراحها لسيدها فإن لم يقبضه حتى مات ففيها روايتان: إحداهما أنه ملك له والأخرى أنه يتبعها كمالها، وليس له إسلامها في جناية تجنيها والخيار له في افتكاكها بأقل الأمرين من أرش الجناية أو قيمة رقبتها، وحكمها في جراحها وحدودها وطلاقها وعدتها من زوجها ومنع شهادتها وميراثها وسقوط الحد عن قاذفها والقصاص لها من الحر إذا قتلها أو جرحها حكم الإمام^(٦) ما دام سيدها باقيًا، واستبرأؤها من موته

(١) أم الولد في الاصطلاح: قال الشيخ ابن عرفة: هي الحر حملها من وطء مالكها عليه جبرًا. انظر شرح حدود ابن عرفة (٦٧٩/٢).

(٢) حرمة: سقطت من (أ).

(٣) ثبت في (ب) بعد.

(٤) انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤٠٩/٤).

(٥) ثبت في (ب) قبلت.

(٦) ثبت في (ب) الأمة.

بحيضة وهو استبراء وليس بعدة.

فصل

وإنما قلنا إنه لا يجوز هبتها ولا المعاوضة عليها بغير البيع أيضاً فللإجماع على أن لا فرق بين البيع وبين ذلك كله، ولأن الحرمة المانعة من بيعها مانعة من ذلك كله.

فصل

وإنما منعنا أن تعتق عن سبب يوجب العتق لأن عقد الحرية قد ثبت لها فلا يكون عتقها تحريراً، ولأن الملك عليها ناقص بنقصان التصرف فيها، وللسيد أن يجعل^(١) عتقها ابتداء لأن ذلك إسقاط لحقه الباقي عليه من الاستمتاع.

فصل

وإنما منعنا من إجارتها خلافاً للشافعي^(٢) لأن الحرمة المانعة من بيعها مانع من إجارتها ولولا الوطء لكان عتقها منجزاً.

فصل

وإنما قلنا إن للسيد الاستمتاع بها لأن الحرمة إنما تثبت لها بالوطء فلا يجوز أن يجتلب^(٣) حرمة توجب تحريره، وكذلك روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال له الاستمتاع بها ما عاش^(٤).

فصل

وإنما لم يفرق بين حياة الولد وموته لعموم الأخبار، ولأن الحرمة بالولادة دون صفة الولد.

(١) ثبت في (١): أن يجعل.

(٢) ذكره الشيخ الخطيب الشربيني. انظر مغنى المحتاج (٤/٥٤١)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٤٨٨/٥).

(٣) ثبت في (ب) تجنيب.

(٤) انظر الموطأ باب عتق أمهات الأولاد وجامع القضاء في العتاقة (٢/٧٧٦).

فصل

وإنما لم يراعَ التخليق خلافاً للشافعي^(١)، لأن حرمة الولد^(٢) ثابتة بالحمل اعتباراً بحصول التخليق، ولأننا لما لم نراعَ آخره لم نراعَ وسطه.

فصل

وإنما قلنا تعتق من رأس المال لأن الحرمة حاصلة بها الآن وإنما بقي للسيد فيها الاستمتاع بالوطء فقط والوطء لا يورث عنه ولا يملك بعده^(٣)، وليس له قيمة يراعى دخولها في الثلث فلم يبق إلا العتق من رأس المال كالمعتقة إلى أجل.

فصل

وإنما لم يفرق بين أن يكون له مال سواها أو لم يكن لأن الأخبار مطلقة غير مقيدة، ولأن مراعاة مال سواها إنما يحتاج إليه فيما يكون عتقه في الثلث لينظر هل يخرج كله أو بعضه وذلك غير معتبر هاهنا فلا معنى لمراعاته.

فصل

وإنما لم نراعَ أن يكون عليه دين أو لا يكون لعموم الأخبار، ولأن عتقها كان مستحقاً في الحياة وإنما منع منه الوطء فإذا زال ذلك بالموت فلم يبق مانع منه، ولو وطئ المديان أمة له فحملت منه لكانت أم ولد ولم يكن للغرماء اعتراض عليها لقوة الحرمة بالوطء وتأكيدها على القول بالعتق الحامل من جهته.

فصل

وإنما قلنا إن مالها يتبعها إذا اعتقت لأن كل مملوك عتق بوجه من وجوه العتاقة^(٤)

(١) قال الإمام النووي رضى الله عنه: وثبت الاستيلاء أيضاً بإلقاء مضغة فيها خلقة آدمى إما لكل أحد وإما للقوايل وأهل الخبرة من النساء فإن لم يظهر وقلن: هذا أصل آدمى ولو بقى لتصور لم يثبت الاستيلاء على المذهب. انظر روضة الطالبين (١٢/ ٣١٠)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٤٨٤/٥).

(٢) ثبت في (ب) *لولاية.

(٣) ثبت في (١) ولا يصدقه.

(٤) ثبت في (ب) العتق وفي (هـ) العتاقات.

فماله تبع له ما لم يتزعه سيده أو يستثنيه على عند عتقه.

فصل

وإنما قلنا إن لسيدها انتزاعه منها حال الحياة لأن ملكه باق عليها فكان له انتزاع مالها كالامة ولا يدخل عليه المكاتب لأن فى انتزاع مالها نقصان لعقد عتقه فهو كبيع أم الولد والمديرة^(١)، قال مالك إلا أن يشتد مرضه فلا يكون له ذلك لقرب الوقت الذى يعتقها^(٢) فيه فممنع انتزاعه كما يمنع إخراج ماله فى المرض المخوف إبقاء على ورثته لقرب استحقاقهم له، ولأنه حينئذ ينتزعه لغيره لا لنفسه وإنما له أن ينتزعه لنفسه.

فصل

وإنما قلنا إنها إذا ولدت منه بعقد نكاح ثم ملكها فإنها لا تكون أم ولد بذلك خلافاً لأبى حنيفة^(٣) لقوله ﷺ: «أيما أمة ولدت من نكاح سيدها فهي معتقة عن دبر»^(٤) فعلق ثبوت الإيلاد^(٥) بأن يكون من سيدها وهذه ولدت من زوج ولأن الحرمة ثبتت لام الولد من جهة الولد فإذا كان الولد لا حرمة له فى نفسه لم يسر إلى أمه ولأنها وضعت ولداً معلوكاً فلم يثبت به حرمة أم الولد، أصله الزنا، ولأنها لم تكن أم ولد قبل الابتضاع فكذلك بعده.

فصل

ووجه قوله إنه إذا ابتاعها حاملاً أنها تكون أم ولد قوله ﷺ: «أيما أمة ولدت من سيدها فإذا مات فهي حرة»^(٦) ولم يفرق بين أن تكون حملت منه قبل الملك أو بعده، ولأنه قد ثبتت له حرمة الحرية من جهة أبيه حال الحمل فسرى ذلك إلى أمه، أصله إذا ابتداء الحمل فى ملكه، ووجه قوله إنها لا تكون أم ولد أنه حمل خلق رقيقاً فلم يثبت به حرمة الاستيلاد لأمه، أصله إذا ابتاعها بعد الوضع.

(١) ثبت فى (ب) المدبر.

(٢) ثبت فى (أ) يبتعها.

(٣) ذكره الشيخ المروغينانى. انظر الهداية (٢/٣٥٢)، انظر الاختيار للموصلى (٣/١٩٧).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ثبت فى (ب) الاستيلاد.

(٦) تقدم تخريجه.

فصل

اختلف عنه فى أم ولد المدبر هل لها حرمة يثبت لها العتق بموته إذا أعتق أم لا؟ فعنه فى ذلك روايتان: إحداهما ثبوتها والأخرى نفيها.

فوجه ثبوتها اعتبارها بأم ولد المكاتب بعلّة أن ولدها من سيدها داخل فى عقد العتق الثابت له ومكتسب لحرمة فوجبه أن تكتسب أمه الحرية به.

ووجه نفيه أن حرمة سيدها ضعيفة لإمكان بطلان عتقه وعود رقه فلم تسر الحرمة إلى أمته بولادتها منه، فإذا قلنا لها حرمة الاستيلاء لم يجز للسيد انتزاعها منه حاملاً كانت أم غير حامل، وإن قلنا ليس لها حرمة الاستيلاء فله انتزاعها ما لم تكن حاملاً لأنها مال للمدبر وللسيد انتزاع مال مدبره، وإن كانت حاملاً لم يكن له انتزاعها رواية واحدة لأن الولد داخل فى تدبير أبيه.

فصل

فى أم ولد المكاتب خلاف لأنه قد جار للمكاتب بيعها من غير دين وهذا يدل على أنه لا حرمة لها بالاستيلاء وقال ليس له بيعها إلا أن يرهقه دين، فوجه الأول أن حرمتها ضعيفة لضعف حرمة سيدها لأنه يعتق بالأداء ويرق بالعجز فلذلك لم يثبت لها حرمة الاستيلاء وجاز له بيعها، ووجه الثانى اعتباراً بأم ولد الحر لثبوت حرمة العتق لسيدها، فأما إذا رهن المكاتب دين أو خيف عليه العجز فلا أعلم خلافاً عن مالك أن له بيعها فى دينه وأن لسيدها بيعها فى كتابته لأن دينه يؤدى إلى عجزه فيرق وتبطل حرمتها وحرمة.

فصل

وإذا أسلمت أم ولد النصراني عرض عليه الإسلام عقيب إسلامها فإن أسلم فهي أم ولده مثل ما كانت فإن أبى ففيها روايتان:

إحداهما أنها تعتق عليه^(١)، والأخرى أنها تباع، فوجه قوله أنها تعتق عليه لأنه لم يكن له فيها إلا الوطء فإذا حرم بالإسلام وجب عتقها لأنه لا يجوز بقاء ملك على

(١) ذكره فى المدونة. انظر المدونة (٥٣/٣)، انظر الكافى لابن عبد البر (٩٨١/٢).

ملك لا يتتفع منه بشيء من وجوه الانتفاع وكذلك قوله فى أم ولد الابن إذا وطئها الأب أنها تعتق على الابن لأن وطأها محرم عليه .

ووجه قوله إنها تباع عليه أن النصرانى غير متعبد بفروع الدين فلم يجز حكمه ، ولأنه لما لم يمنع بيعها قبل إسلامها كذلك بعده كالعبد الغنى إذا أسلم .

فصل

ووجه قوله إن له أن يزوجه بغير رضاها لأنه قد بقى له فيها ملك [الوطء بحكم الرق فجار له المعاوضة عليها كما أنه لما ملك^(١) من المدبر خدمته جار له المعاوضة عليها ، ووجه قوله لا يزوجه إلا برضاها أنه عقد على منافعتها فلم يكن له ذلك إلا برضاها كالإجارة وذلك مكروه فى الجملة للدناءة ونقصان المروءة .

فصل

وإنما قلنا إن ولدها^(٢) من غيره هو بمنزلتها لأن الأصول موضوعة على أن كل ولد حدث من ملك اليمين فإنه تابع لآبيه فى الحرية والرق وعقودهما والأصل فيه ولد الرجل من أمته وكل ولد حدث من غير ملك اليمين^(٣) ولا شبهة ملك فهو تابع لأمه فى ذلك والأصل فيه المتزوج بأمة غيره فإذا ثبت ذلك كان ولد أم الولد بمثابة أم الولد يعتق بموت سيدها من رأس المال كعتق أمه إلا أنه لا يجوز للسيد وطؤها إن كانت أنثى لأنها ربيبة .

وإنما قلنا إن له إجارته بخلاف أمه لأن أمه كان له فيها الاستمتاع وهو بعض أحكام الملك وذلك حرام عليه من ولدها فلم يبق فيهم إلا الإجارة لأننا لو منعنا ذلك لم يبق لهم عليه شيء من أحكام الرق وذلك ينافى بقاء الملك .

فصل

وإنما قلنا إن قيمتها إن قتلت لسيدها لأنها على ملكه ، وإن كان ناقص التصرف فيها وكذلك أرش جراحها له لأنه إذا كان يملك قيمتها لو قتلت ملك أرش جراحها اعتباراً بالعبد القن ، ووجه قوله إنه إذا لم يقبضه حتى مات فإنه يورث عنه فلا يتبعها هو أنه ما

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب) .

(٢) ثبت فى (ب) ولده .

(٣) اليمين: سقطت من (ب) .

كان يملكه فى حياته دونها فكان لورثته بعد موته لأن ما ملكه الإنسان فى حياته من المال فهو لورثته بعد موته، ووجه قوله إنه لها إنهاء تملك أرض الجناية عليها وللسيد انتزاعه كما له انتزاع مالها فلما لم ينتزعه فى الحياة تبعها كغيره من مالها.

فصل

وإنما قلنا ليس له إسلامها لجناية تجنبها؛ لأن إسلامها بمنزلة بيعها لأن الغرض به استرقاقها وأخذ رقبته عوضاً من جنائتها وإذ لم يجز إسلامها وكان السيد سبب المنع لزمه افتكاكها.

وإنما قلنا إنه يكون مخيراً بين القيمة وأرض الجناية اعتباراً بالعبد إذا امتنع من إسلامه إلى المجنى عليه وتعذر بنقص وجوه التعذر، فأما القيمة فإنها تقوم مقام المقوم وتسد مسده والمراعاة فيها يوم الحكم، ولأن ذلك وقت وجوب تسليم العبد القن وكذلك فى أم الولد، وأما أرض الجناية فلأنها بدل من جنائتها والخيار له فى أقل الأمرين لأن المجنى عليه لا مقال له إذا أخذ بدل جنائته أو بدل رقبة الجاني.

فصل

وإنما قلنا إن أحكامها فى حدودها وجراحها وشهادتها وغير ذلك أحكام العبيد لبقائها على الرق، ونقصان التصرف فيها لا يمنع جري أحكام الرق عليها كالمعتق إلى أجل.

فصل

وإنما قلنا استبرأؤها من موت سيدها بحيضة لأنه استبراء من وطء بملك اليمين كالأمة، وإنما لم نقل عليها العدة بالشهور خلافاً لمن ذهب إلى ذلك^(١)، ولأن العدة تجب على الزوجات وهذه ليست بزوجة فإن يتست من الحيض فبثلاثة أشهر لأن ذلك قائم مقام الحيض إذا عدم، [وبالله التوفيق]^(٢).

(١) فقال عطاء وقتادة: عدتها حيضتان كعدة الأمة المطلقة. وقال أصحاب الرأى: عدة أم الولد من موت سيدها، والإعتاق ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر. وقد نقل الشيخ موفق الدين بن قدامة عن الأحناف: أنه ليس على أم الولد استبراء فاحذره. انظر المغنى لموفق الدين (١٥٤/٩)، انظر الهداية للمرغيناني (٣٠٩/٢)، انظر الاختيار للموصلى (١٤٥/٣).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ، هـ).

٣٦ كتاب الأقضية

والشهادات والدعاوى والبيّنات وما يتعلق بذلك^(١)

الأصل فى القضاء^(٢) قوله تعالى: ﴿يَا دَاوُدَ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ [ص: ٢٦]، وقوله عز وجل: ﴿وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩]، وقوله تعالى ﴿لَتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾ [النساء: ١٠٥]، وقوله ﷺ: «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن اجتهد فأخطأ فله أجر»^(٣)، وقوله لمعاذ بن جبل لما وجهه إلى اليمن قاضياً: «بم تحكم» قال: بكتاب الله، قال: «فإن لم تجد»، قال: بسنة رسول الله ﷺ قال: «فإن لم تجد» قال: أجتهد رأيي، فقال رسول الله ﷺ: «الحمد لله الذى وفق رسول الله لما يرضى رسول الله»^(٤)، وفيه أخبار كثيرة عنه ﷺ وعن السلف بعده.

فصل

ويجب أن يكون فى القاضى خصال منها ما لا يتم الحكم إلا بها ما هو من آداب القضاء وسنة الحكم فى الشرع، فأول ما يجب^(٥) فيه: أن يكون فقيهاً غير عامى ومن

(١) فى (ب) كتاب الأقضية فقط.

(٢) القضاء فى اللغة: الحكم قضى عليه يقضى قضياً وقضاءً وقضية والصنع والحتم والبيان. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٤/٣٧٨).

وفى الاصطلاح: صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعى ولو بتعديل أو تحريج لا فى عموم مصالح المسلمين. انظر حدود ابن عرفة للرباع (٢/٥٦٧).

(٣) أخرجه البخارى فى الاعتصام (١٣/٣٣٠) ح (٧٣٥٢)، ومسلم فى الأقضية (٣/١٣٤٢) ح (١٧١٦/١٥).

(٤) أخرجه أبو داود فى الأقضية (٣/٣٠٢) ح (٣٥٩٢). والترمذى فى الأحكام (٣/٦٠٧) ح (١٣٢٧). وأحمد فى المسند (٥/٢٧٢ - ٢٧٣) ح (٦٨ - ٢٢). وانظر تلخيص الحبير للحافظ ابن حجر (٤/٢٠١).

(٥) يجب سقطت من (ب).

أهل الاجتهاد عارفاً بالكتاب والسنة وطرق الاجتهاد وترتيب الأدلة وكيفية النظر فيها وتخريج الفروع على الأصول، ولا يجوز له تقليد غيره من العلماء ما دام عليه فسحة في النظر ومهلة يمكنه فيها الاجتهاد فإن خاف فوات الحادثة متى أخرها إلى أن يلوح^(١) له فيها النظر وتعين عليه فرض الحكم فيها فهل يجوز له أن يقلد غيره من العلماء أو لا يجوز له فيها نظر فكان الأقوى أن يجوز لأن تأخير الحكم يؤدي إلى فوات الفرض وإضاعته، ولأن الصحابة رضوان الله عليهم قد كان يقلد بعضهم بعضاً في الأحكام إذا خفى على المقلد منهم طريق النظر في حكم الحادثة.

فصل

وإنما قلنا إنه لا يجوز أن يكون الحاكم عامياً خلافاً لأبي حنيفة^(٢)، لقوله تعالى: ﴿لَتُحْكَمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾ [النساء: ١٠٥] وذلك يتضمن الاجتهاد، وقوله تعالى: ﴿فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ [ص: ٢٦] والمقلد لا يفرق بين الحق والباطل بالتقليد، وقوله ﷺ: لمعاذ: «بما تحكم» قال: بكتاب الله، قال: «فإن لم تجد» قال: فبسنة رسول الله ﷺ، قال: «فإن لم تجد»، قال: أجتهد رأيي، فقال رسول الله ﷺ: «الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله»^(٣) وقوله: «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن اجتهد فأخطأ فله أجر»^(٤).

وهذا كله يدل على أن الحاكم يجب أن يكون من أهل الاجتهاد ولأن التقليد لا يثمر عليه ولا يجوز التقليد إلا للعامي للضرورة بالعامي إلى أن يلى الحكم ويقلد غيره. ولأن القضاء أكد وأقوى من الفتيا لأن الحاكم يلزم غيره بحكمه، والمستفتى لا يلزمه المصير إلى فتيا المفتي فإن لم يجز للمفتي أن يكون مقلداً فالقاضي أولى.

وينبغي للقاضي أن يكون فطناً متيقظاً كثير التحرز من الحيل وما ينم مثله على المغفل أو الناقص أو المتهاون، وأن يكون عالماً بالشروط عارفاً بما لا بد منه من العربية واختلاف معاني العبارات فإن الأحكام تختلف باختلاف العبارات في الدعاوى والإقرار والشهادات

(١) ثبت في (١) يبرح.

(٢) في قوله بجواز تقليد المقلد القضاء. انظر الهداية للمرغيناني (١١٢/٣)، انظر بدائع الصنائع

للكاساني (٣، ٢/٧).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

وغير ذلك مما يتعلق، ولأن كتاب الشرط هو الذى يتضمن حقوق المحكوم له وعليه والشهادات تسمع بما فيه فقد يكون العقد واقعاً على وجه يصح أو لا يصح فيجب أن يكون فيه علم بتفصيل ذلك وتحمله^(١)، وينبغي أن يستبطن أهل الدين والأمانة والعدالة والنزاهة ويستعين بهم على ما هو سبيله ويعول بهم على التوصل إلى ما ينوبه ويخففوا عنه فيما يحتاج إلى الاستئابة فيه من النظر فى الوصايا والأحباس والوقوف والقسمة وأموال الأيتام وغير ذلك مما ينظر فيه.

والأولى عندنا^(٢) أن يقضى فى المسجد خلافاً للشافعى فى كراهية^(٣) ذلك. لأن النبى ﷺ كان يحكم فيه، والأئمة بعده وليقرب الوصول إليه على كل من أراده.

وينبغي له التسوية بين الخصمين فى المجلس وأن يكون إقباله عليهما على حد سواء كما روى عن السلف والأئمة من القضاء بذلك وأن يبتدى منهما من بدأ بالدعوى فيسمع دعواه ويستوفى الحكم له ثم يثنى من بعده وإن تشاحا فى التقديم والتبديء ولم يعلم صدق أحدهما أقرع بينهما فيبدأ بمن يخرج سهمه لأنه لا طريق إلى الفصل^(٤) بينهما إلا بذلك ويجوز أن يقال إن ذلك موكول إلى اجتهد الحاكم والإقراع أقرب إلى العدل.

وينبغي إذا استوفى سماع البيعة وأراد الحكم أن يقول للمحكوم عليه أو لوكيله إن لم يحضر: أبقيت لك حجة؟ أم هل عندك ما تدفع به حجة خصمك؟ فإذا قال لا، حكم حينئذ، وإن قال نعم انتظر ما يأتى به فإن تبين منه اللد^(٥) حكم ولم يلتفت إلى قوله.

وينبغي أن يكون له صاحب مسائل يكون من أهل الأمانة والثقة فيسأله عن شهوده ويعول عليه فى تعديل من شهد عنده، وينبغي للمزكى أن يكون عالماً بوجوه التعديل والجرح عارفاً بطرقهما.

(١) وتحمله: سقطت من (ب).

(٢) عندنا: سقطت من (ب).

(٣) قال الإمام النووى: ويستحب أن لا يتخذ المسجد مجلساً للقضاء فإن اتخذه كره على الأصح. انظر روضة الطالبين (١١/١٣٨)، انظر مغنى المحتاج (٤/٣٩٠).

(٤) ثبت فى (ب) القضاء.

(٥) ثبت فى (ب) الرفع. وقال الفيروزآبادى: (الألذ الخصم الشحيح الذى لا يزيغ. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (١/٣٣٥).

وللحاكم أن يحكم بشهادة من يعلمه عدلاً وأن يرد شهادة من يعلمه فاسقاً أو يعلمه غير مستكمل بشروط العدالة وليس ذلك حكماً بعلمه، وشروط القضاء وآدابه كثيرة لا يحتملها هذا المختصر وفيما ذكرناه كفاية إن شاء الله.

فصل

ولا يحكم الحاكم بعلمه فى شيء أصلاً لا قبل ولايته ولا بعدها لا فى حكمه ولا فى غيره ولا فى حقوق الله ولا فى حقوق الأدميين^(١).

وقال عبد الملك: يحكم بعلمه فى مجلس حكمه إذا حضر عنده الخصم واعترف بحق خصمه^(٢).

وقال أبو حنيفة يحكم فى حقوق الأدميين فيما علمه بعد القضاء لا يحكم فيما علم قبله^(٣) وقال الشافعى إنه يحكم بعلمه فى كل الأشياء^(٤).

فدليلنا قوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم﴾ [النور: ٤] فأمر بجلد القاذف متى لم يقم بينة على ما رمى به المقذوف، وقوله ﷺ فى حديث هلال بن أمية لما لعن زوجته: «إن جاءت به على نعت كذا فهو لهلال وإن جاءت به على نعت كذا فهو [الشريك فجاءت به على النعت المكروه فقال ﷺ: «لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمتها»^(٥) موضع الدليل أنه ﷺ علم أنها زنت لإخباره أنها جاءت به على نعت كذا فهو^(٦) لغير زوجها ثم لم يحكم بالحد لعدم البينة.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الكافى. وقال: هذا تحصيل مذهب مالك. انظر المدونة (٧٨/٤). انظر الكافى لابن عبد البر (٩٥٧/٢). انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٥٨/٤، ١٥٩).
(٢) وهو قول أبوه عبد العزيز بن أبى سلمة وهو قول طائفة من أهل المدينة. انظر الكافى لابن عبد البر (٩٥٧/٢).

(٣) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار للموصلى (١١٦/٢). انظر الفتاوى الهندية (٣٣٩/٣).
(٤) ذكره الإمام النووى. وقال: يقضى بعلمه فى المال قطعاً وكذا فى القصاص وحد القذف على الأظهر ولا يجوز فى حدود الله على المذهب وقيل قولان. انظر روضة الطالبين (١١/١٥٦)، انظر مغنى المحتاج^١ (٣٩٨/٤).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

وعند المخالف يجب أن يرجعها إذا علم بذلك، وروى أنه ﷺ بعث أبا جهم مصدقاً فلاحقاه رجلان فشجها فأتيا إلى النبي ﷺ يطلبان القصاص فبذل لهما مالا فرضيا به فقال إننى أخطب الناس وأذكر لهم ذلك أفرضيتما، قالا: نعم فخطب الناس ثم قال أرضيتما بعد أن ذكر القصة فقالا: لا، فهم بهم المهاجرون الأنصار فمنعهم النبي ﷺ ثم نزل فزادهما فرضيا فصعد المنبر فقال أرضيتما فقالا: نعم^(١)، موضع الدليل أنه لم يحكم عليهما بعلمه لما جحد أن يكونا رضيا، ولأنه ﷺ امتنع من قتل المنافقين مع علمه بكفرهم وقال: «لئلا يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه»^(٢) وإنما لم يقتلهم لأن الناس لم يعلموا بكفرهم كعلمه، ولأن الحاكم لما كان غير معصوم فقد تلحقه الظنة والتهمة في أن الحكم لوليه على عدوه وأمكن وقوع ذلك منهم وجب حسم الباب: بالأحكام بعلمه لئلا يدعى عليه بذلك، ولإمكان أن يقع ذلك منه فيلحق الناس أذية منه: فإذا منع أن يحكم بعلمه رالت التهمة في ذلك ويعرض الكلام في الحدود ولأصحاب الشافعي فيها وجهان^(٣).

ودليلنا أنه لا يحكم فيها بالعلم الظاهر والأخبار، وقول أبي بكر رضى الله عنه لو رأيت رجلاً^(٤) على حد من حدود الله ما أقمت عليه حتى يشهد على ذلك أربعة^(٥)، ولا مخالف له نعلمه وإن سلموا ذلك قسنا عليه سائر الحقوق، وقلنا إنه حكم بعلم فلم يجز، أصله الحدود واعتباراً بعلمه قبل الولاية مع أبي حنيفة، وفي غير مجلس الحكم مع عبد الملك.

فصل

إذا ثبت أنه ليس له أن يحكم فله أن ينفذ الحكم بعلمه بعدالة الشهود ويقف عنه

- (١) أخرجه أبو داود في الديات (١٨٠/٤) ح (٤٥٣٤). والنسائي في القسامة (٣١/٨) ح (باب: السلطان يجاب على يده)، وابن ماجه في الديات (٨٨١/٢) ح (٢٦٣٨).
(٢) أخرجه البخارى في المناقب (٦٣١/٦) ح (٣٥١٨)، ومسلم في البر (١٩٩٩/٤) ح (٢٥٨٤/٦٣).

(٣) قال الإمام النووي: يقضى في حد القذف بعلمه على الأظهر ولا يجوز في حدود الله تعالى على المذهب وقيل قولان. انظر روضة الطالبين (١٥٦/١١)، انظر مغنى المحتاج (٣٩٨/٤)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٣٤٩/٥).

(٤) ثبت في (ب) أحداً.

(٥) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢٤٢/١٠) ح (٢٠٥٠٥).

بعلمه بفسقهم وليس ذلك حكماً منه بعلمه بدليل أن لغيره من الحكم أن يحكم بشهادتهم ولو كان ذلك حكماً بالعلم لم يجوز لمن جاء بعده أن يحكم بشهادة من قد رد شهادته الذى قبله كما لا يجوز له نقض حكم حكم به مما يسوغ لهما^(١) الحكم به .

فصل

إذا علم شيئاً ومنع الحكم فيه بعلمه فإنه قد يكون شاهداً فيه لمن له الحكم فيرفع إلى الإمام أو إلى غيره من الحكام ويدعى صاحب الحق شهادة الحكم فيكون الحاكم كأحد الشهود فيعمل فيه كما يعمل فى شهادة الشاهد وسائر الحقوق^(٢) .

فصل

وإذا حكم الحاكم بحكم ثم أنكر أن يكون حكم به فإذا شهد شاهدان على حكمه ثبت ولم يسقط بإنكاره وكذلك لو نسى^(٣) أن يكون حكم به فشهد به عنده شاهدان قبل شهادتهما، وقال أبو حنيفة^(٤) والشافعى : إن لم يذكر حكمه لم تنفع شهادة الشهود شيئاً^(٥) .

ودليلنا أنها شهادة عنده على حكم لو كان ذاكرًا له لساغ قبولهما فكذلك إذا كان ناسياً، أصله إذا شهد عنده بحكم غيره، ولأنه قد تعلق بذلك حق لغيره وهو من يشهد بالحكم له فلو قلنا إن الشهادة غير مقبولة إلا أن يذكرها ومعلوم أنه قد ينسى ويشك لأدى إلى تضييع حقوق الناس ولكان لا معنى للإشهاد على إنفاذه، ولأنه قد يتهم أيضاً أن يكون جحد حكمه لعداوة بينه وبين المشهود له.

فصل

وإذا وجد فى ديوانه حكماً بخطه ولم يذكر أنه حكم لم يجوز له أن يحكم به إلا أن

(١) ثبت فى (ب) إليه .

(٢) ذكره فى المدونة . انظر المدونة (٧٨/٤)، انظر الكافى لابن عبد البر (٩٥٨/٢)، انظر حاشية الدموقى على الشرح الكبير (١٥٨/٤، ١٥٩) .

(٣) ثبت فى (ا) خشى .

(٤) ذكره فى الفتاوى الهندية . انظر الفتاوى الهندية (٣/٣٤٠) .

(٥) ذكره الإمام النووى . انظر روضة الطالبين (١١/١٥٧) . انظر مغنى المحتاج (٤/٣٩٩) .

يشهد عنده شاهدان خلافاً لابن أبي ليلى فى قوله يحكم بالخط^(١)، لأنه لم يثبت عنده أنه حكم به فلا يجوز قياساً على حكم غيره.

فصل

لا خلاف أعلمه أن العبد لا يجوز أن يكون حاكماً^(٢) [والعلة فيه نقصه بالرق، وأما المرأة فلا يجوز أن تكون حاكماً]^(٣) عندنا على وجه، وقال أبو حنيفة يجوز أن تكون حاكماً فى كل أمر تجوز فيه شهادة النساء^(٤) فدللنا قوله ﷺ: «إنكن ناقصات عقل ودين»^(٥) وهذا خارج مخرج الذم وفيه تنبيه على منع رد شىء من أمور الدين إليهن، وقوله ﷺ: «لا يفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة»^(٦) وقوله: «أخروهن حيث أخرهن الله»^(٧)، ولأنها ولاية لفصل القضاء وتنفيذ الأحكام كالإمامة الكبرى، ولأنه لا يصح أن تكون حاكماً فى الحدود والقتل فكذلك فى غيره من الأحكام، أصله العبد.

فصل

وذهب ابن جرير الطبرى إلى أن المرأة يجوز أن تكون حاكماً على الإطلاق فى كل ما يجوز أن يحكم فيه الرجل^(٨)، وسمعت أبا الفرج بن ظرارة وسئل عن هذه المسألة فى مجلس السلطان الأعظم عندنا بمدينة السلام وأنا حاضر سنة سبع وثمانين وثلاثمائة

(١) وهو رواية عن أحمد بن حنبل. وقال ابن قدامة: هذا الذى رأيته عن أحمد فى الشهادة. انظر المغنى لموفق الدين (١١/٤٣٥).

(٢) انظر مراتب الإجماع لابن تيمية (ص ٤٩). انظر المغنى لموفق الدين (١١/٣٨٠).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) ذكره الشيخ المرقينانى. انظر الهداية (٣/١١٨)، انظر الاختيار للموصلى (٢/١١١).

(٥) أخرجه البخارى فى الحيز (١/٤٨٣) ح (٣٠٤)، ومسلم فى الإيمان (١/٨٦) ح (٧٩/١٣٢).

(٦) أخرجه البخارى فى المغازى (٧/٧٣٢) ح (٤٤٢٥)، والترمذى فى الفتن (٤/٥٢٧) ح (٢٢٦٢)، والنسائى فى القضاة (٨/٢٠٠) باب (النهى عن استعمال النساء فى الحكم)، وأحمد فى المسند (٥/٥٤) ح (٢٠٤٦٢).

(٧) ذكره الحافظ الزيلعى وعزاه إلى عبد الرزاق فى مصنفه وقال: موقوف على ابن مسعود، انظر نصب الراية (٢/٣٦).

(٨) ذكره ابن قدامة فى المغنى، انظر المغنى لموفق الدين (١١/٣٨٠)، انظر حلية العلماء للشاشى (٣/١١٥٩).

فاحتج بأن قال: لأن الغرض من الأحكام^(١) تنفيذ الأحكام، وسماع البيعة، والفصل بين الخصوم وذلك متأت من المرأة كتأني من الرجل فلا فرق بينهما إلا كفرق ما بين الأنثى والذكر وهذا القدر غير مؤثر^(٢) فنقضه القاضي الإمام أبو بكر محمد بن الطيب الأشعري شيخنا رحمه الله بالإمامة الكبرى لأن الغرض بها حفظ البيضة وحماية الجورة والذب عن الأمة وجباية الخراج وأموال المسلمين وصرفها في وجوها قد يتأتى ذلك من المرأة كتأني من الرجل ومع ذلك فلا يجوز أن تكون إماماً.

قلت أنا ويتنقض أيضاً بالعبد فانفصل^(٣) وأجاب الشيخ^(٤) بأن قال: لا يمتنع أيضاً أن يكون الأصل في كل من استناب في شيء يتأتى منه فعل^(٥) ذلك الشيء فإنه يصح^(٦) تأني فيه إلا أن يقوم دليل من جهة الشرع يمنع، وأجاب القاضي عن هذا بأن لا نسلم أن يكون ذلك أصلاً في الشرع وإنما هو على حسب ما يقوم عليه الدليل من إطلاق أو تقييد قال: وهذا حيلة لدفع^(٧) النقض.

فصل

إذا كان القاضي لا يعرف لغة الخصمين أو أحدهما احتاج إلى من يترجم عنه، وقال أبو حنيفة يكفي في ذلك رجل واحد كان أو امرأة^(٨)، وقال الشافعي لا يكفي في ذلك أقل من اثنين^(٩)، ولا أحفظ في هذا الوقت شيئاً من متقدمي أصحابنا، وفصل متأخرو شيوخنا فقالوا إن كان الإقرار يتضمن مالا أو يتعلق بالمال قبل رجل وامرأتان وإن كان بما لا يتضمن ذلك لم يقبل فيه إلا رجلان، والأمر على ما قالوه، إلا أنه إن كان إقراره بمال أو دعواه بمال أو ما يتعلق بالمال فعندي أنه يخرج على وجهين: أحدهما أنه يقبل فيه رجل وامرأتان، والآخر لا يقبل فيه إلا شهادة رجلين والذي لأجله وجب ذلك

(١) ثبت في (ب) الحاكم.

(٢) ثبت في (ب) مؤثر.

(٣) فانفصل: سقطت من (أ).

(٤) ثبت في (ب، هـ) المحتج.

(٥) ثبت في (أ) قبل.

(٦) ثبت في (ب، هـ) يصلح.

(٧) ثبت في (أ) لرفع.

(٨) ذكره الشيخ الموصلي، انظر الاختيار للموصلي (١١٣/٢).

(٩) ذكره الإمام النووي. انظر روضة الطالبين (١٣٦/١١)، انظر مغنى المحتاج (٣٨٩/٤).

اختلافهم فيما يتعلق بالمال مما ليس هو فى الحقيقة شهادة على مال هل يقبل فيه رجل وامرأتان أم لا وذلك لأنهم اختلفوا فى الشهادة على الوكالة بالمال .

والوكالة فى المطالبة والخصومة فيه ليست مالا وإنما هى فعل بدن وحكم يثبت فيه يجر إلى تعلق المال فكذلك فى مسألتنا هى شهادة على لغة وهى أن معنى ما قاله باللغة العربية أنه إقرار بمال والشهادة على أن هذا اللفظ فى لغة الخصم موضوع لهذا المعنى فى لغة العرب ليست بشهادة على مال فيجب على هذا ألا يقبل فيه إلا شاهدان .

فصل

لا يحلف الحاكم المدعى عليه إلا أن يعلم أن بينهما مخالطة أو معاملة أو تهمة دون الاقتصار على مجرد الدعوى ، واختلف أصحابنا فى تأويل ذلك فمنهم من قال ينظر إلى الدعوى فإن كان مما يجوز ويشبه أن يدعى مثلها على المدعى عليه أحلف له ، [ومنهم من قال إن كان المدعى عليه يشبه أن يكون مثله [يعامل]^(١) المدعى فيما ادعى عليه أحلف له]^(٢) ، ومنهم من قال إن المسألة على ظاهرها لا يحلف الحاكم إلا أن يعلم بينهما مخالطة أو معاملة وهذا كله إذا كانا من أهل البلد أو مقيمين به ، وأما إن كانا غريبين فيحلف ولا يعتبر مخالطته ولا غيرها ، وعند أبى حنيفة^(٣) والشافعى أنه يحلف على أى وجه كان^(٤) .

فدليلنا أن ما قلناه مروى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه^(٥) وهو صحابى إمام ولا مخالف له ، ولأن من أصلنا الحكم بالذرائع ومعناها المنع من المباح إذا قوت التهمة فى التطرق به إلى الممنوع ، وهذا موجود فى مسألتنا لأن اليمين تشق وتصعب على أهل الأقدار والديانات ، وربما افتدوا منها وربما بذلوا الشئ الذى يدعى عليهم كراهية أن يتحدث عنهم أنهم أقدموا على اليمين وحراسة حسن الظن بهم وانتفاء التهمة^(٦) عنهم ، فلو كانت اليمين بمجرد الدعوى لما شاء أحد أن يؤذى أهل الدين والقدراء ويتعرض

(١) ما بين المعكوفين طمس فى (أ) .

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب ، هـ) .

(٣) ذكره الشيخ المرقينانى . انظر الهداية (٣/١٧٤) ، انظر الاختيار للموصلى (٢/١٤٦) .

(٤) انظر روضة الطالبين (١١/٤٣) .

(٥) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٠/٤٣٧) ح (٢١٢٣٧) .

(٦) ثبت فى (ب) الظن .

لما لهم إلا وأظهر الدعوى فيحصل إما على شيء يأخذه أو على الأذية والذلة لهم، وفي ذلك إضرار بالناس وتطريق إلى من يريد أذاهم إلى ما يريده لهم فوجب حسم الباب بالمنع منه حتى إذا كان مع الدعوى سبب يقويها وجب اليمين لغلبة الظن بإمكان ما يدعيه المدعى ولا يلزم على هذا ألا يعديه^(١) لأن حضور مجلس الحاكم إذا لم تقارنه يمين لا هجنة^(٢) فيه لأنه لم يتم للمحضر^(٣) المدعى عليه ما أراد به.

فصل

إذا حكم الرجلان بينهما رجلاً ورضيا بحكمه فحكم بينهما بما يجور في الشرع لزمهما ولم يعتبر موافقة حاكم البلد أو مخالفته، وقال أبو حنيفة إن وافق ما حكم به رأى قاضى البلد لزم وإلا لم يلزم^(٤)، وللشافعى قولان: أحدهما مثل قولنا، والآخر يكون فتوى منه لا حكماً^(٥)، فدلّلنا على لزومه خلافاً للشافعى قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»^(٦)، وقوله: «لكل مسلم شرطه»^(٧)، ولأنهما إذا تراضيا به لزمهما حكمه لإلزامهما أنفسهما وذلك كما لو رضى بقاضى البلد، ولا يشبه هذا الشهادة إذا قال فلان صادق فيما شهد به علىّ ثم أنكر شهادته لأن الرضا بالشهادة ليس برضا باجتهاد لأن الشهادة علم يؤديها الشاهد إلى الحاكم لا مجال للاجتهاد فيها له أن ينكر إذا شهد عليه بالباطل، والقضاء بخلافها لأن طريقه الاجتهاد فما رضى بحكمه وعلم أنه يجتهد وأن اجتهاده ربما وافق مراد أحدهما وربما خالفه فقد دخل على الرضا بما يكون منه.

فأما إذا حكم بينهما بجور أو بخلاف نص أو إجماع فلا يلزم كالشهود إذا شهدوا بالباطل لأنهما إنما رضيا بأن يحكم بالشرع لا بخلافه، ودلّلنا على أنه يلزم وإن خالف رأى قاضى البلد أنه إذا ثبت أن يتراضيا به^(٨) فقد صار حاكماً ينفذ حكمه عليها وصار

(١) ثبت فى (ب) يغديه.

(٢) ثبت فى (١) لا سحبة.

(٣) ثبت فى (١) للحاضر.

(٤) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (٣/ ١٢٠)، انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١٢٣).

(٥) ذكرهما الشيخ الشيرازى. انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٢٩١)، انظر روضة الطالبين (١١/ ١٢٠)، (١٢١).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) ثبت فى (ب) تراضيهما.

بمنزلة حاكم آخر فى البلد لأن تراضيهما به يقوم مقام نصب السلطان له .

فصل

إذا ثبت عند حاكم بلد حق لإنسان على رجل فى بلد آخر وتعذر عليه إقامة بينة عند حاكم ذلك البلد جاز للحاكم الذى يثبت الحق عنده أن يكتب بما يثبت عنده له إلى حاكم ذلك البلد وعلى المكتوب إليه أن ينفذه إذا شهد شاهدان^(١) بأنه كتاب ذلك الحاكم ولا تنفع الشهادة على حكمه دون لفظه بأنه كتابه^(٢).

وإنما قلنا إن كتاب الحاكم إلى الحاكم يثبت به الحق للضرورة إليه لأن البينة ربما يتعذر إقامتها عند ذلك الحاكم فلم يبق طريق إلا أن يكتب ذلك الحاكم به إلى من يلتمس تنفيذه للحكم لأنه لو لم يقبل ذلك لأدى إلى ضياع الحقوق، ولأن كتاب الحاكم أو شهادة الشهود بثبوت الحق يثبت عند الحاكم^(٣) الثانى بشهادة الشهود عنده بحكم الأول به فكذاك شهادتهم عليه أن هذا كتابه .

وإنما قلنا إن الشهادة على الخط لا تنفع لأن الخط لا يحكم باعتراف كاتبه على ما كتبه^(٤) لأنه قد يكتب أشياء لا يؤخذ بها ولو لفظ كتبه لأخذ به .

فصل

وإذا مات المكتوب إليه أو عزل فجاء الكتاب إليه والمكاتبة للذى قبله لزم الثانى أن يحكم بما فيه [خلافاً لما حكى عن أبى حنيفة من أنه لا يجوز للقاضى الثانى أن يحكم بما فيه^(٥)] لأن الحاكم لا يخلو أن يكون كتب ما به قد حكم أو بثبوت حق عنده لم يحكم به فإن كان قد كتب بأنه قد حكم فيلزم كل من ثبت عنده ذلك من الحكام تنفيذه، وإن كان قد كتب بما يثبت عنده فذلك جار مجرى الشهادة على الشهادة فشهود

(١) ثبت فى (١) شاهد.

(٢) انظر المدونة (٧٧/٤)، انظر الكافى لابن عبد البر (٩٥٦/٢).

(٣) الحاكم: سقطت من (١).

(٤) ثبت فى (١) كتابه فإن على ما كتبه.

(٥) قال الشيخ الموصلى: إن مات المكتوب إليه بطل إلا أن يكون قال بعد اسمه: وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين. انظر الاختيار للموصلى (١٢٢/٢)، انظر غرر الأحكام لمنلاخسروا (٤١٤/٢).

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (١).

الفرع إذا ماتوا جاز لغيرهم تحمل الشهادة كذلك ها هنا.

فصل

يحكم على الغائب إذا أقام الحاضر البينة وسأل الحكم له، وقال أبو حنيفة يسمع الحاكم دعوى الحاضر ويثبته ولكن لا يحكم له على الغائب ولا على من هرب قبل الحكم وبعد إقامة البينة^(١)، ودليلنا قوله ﷺ لهند وقالت له إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي أفأخذ من ماله فقال : «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف»^(٢)، وقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه لما خطب الناس (ألا إن أسفيع جهينة رضى لدينه وأمانته أن يقول سبق الحاج فادان معرضاً وإننا بايعوا ماله فمن كان له عليه دين فليحضر)^(٣) ولم يكن أسفيع حاضراً ولا أنكر ذلك على عمر أحد، ولأنها بينة مسموعة طلب صاحبها الحكم بها فأشبه إذا كان الخصم حاضراً، ولأنها دعوى مستحق على غائب قامت بها بينة فوجب أن يحكم بها، أصله إذا ادعى على رجل أنه قتل وليه خطأ لا خلاف أنه يحكم له بالدية على العاقلة وإن كانوا غيباً لأن غيبة المدعى عليه لا تمنع الحكم عليه، أصله إذا ادعى على ميت وأقام البينة أو ادعى على جماعة غيب أحدهم حاضراً، ولأن عدم الحضور بالموت أبلغ فى التعذر منه بالغيبة فإذا قضى مع الموت فمع الغيبة^(٤) أولى، ولأن ذلك ذريعة إلى إبطال حقوق الناس لأنه لا يشأ أحد أن يأخذ أموال الناس ولا يؤديها إلا غاب فلا يمكن القضاء عليه، ولأن الاتفاق حاصل على أن الحاكم يسمع البينة عليه والفائدة فى ذلك الحكم بها وإلا لم يتففع باستماعها، ولأنهم قد وافقونا على أن امرأة لو ادعت النفقة على زوجها وهو غائب وذكرت أن له ودیعة عند رجل فأقر بها فإنه يقضى لها بنفقتها ويؤخذ لها منه فكذلك سائر الحقوق.

فصل

وإنما فرقنا بين الرباع وغيرها من الأموال لأن الرباع مأمونة لا يخاف عليها فاستحسن مالك رحمه الله التوقف عن الحكم فيها مع الغيبة^(٥)، وأن لا يعجل بذلك إلى أن يقدم

(١) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (١١٩/٣)، انظر الاختيار للموصلى (١١٥/٢).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريج هذا الأثر.

(٤) ثبت فى (١) غيبة.

(٥) ثبت فى (١) الغيب.

الغائب فيذكر حجة إن كانت له ويحكم عليه بما لا يحتاج إلى نقض بعده، وعنه رواية أخرى أنه لا فرق بين الرباع وسائر الأموال في وجوب القضاء على الغائب.

فصل

حكم الحاكم لا يغير الشيء عن باطنه عما هو عليه ولا يحيله عن حقيقته، ولا فرق في ذلك بين ما يملك الحاكم ابتداءً وبين ما لا يملكه في أن حكمه إذا كان عن سبب غير صحيح لم ينفذ في الباطن، ومثال ذلك أن يدعى رجل على أجنبية أنها زوجته ويقيم على ذلك شاهدي زور فيشهدان فيحكم الحاكم بشهادتهما هذا حكم لا يصح في الباطن ولا يحل المرأة له فإن وطئها مع علمه فهو زان، وكذلك لو ادعت امرأة على رجل أنه طلقها ثلاثاً وشهد بذلك شاهداً زور فحكم الحاكم بالفرقة فإنها لا تطلق عندنا وتكون المرأة على حالها ولا يجوز لها أن تزوج بذلك الحكم ولا لأحد الشاهدين أن يتزوجها هذا وما أشبه من نظائره، وقال أبو حنيفة في هذه المسائل إن حكم الحاكم يزيل الشيء عن حقيقته في الباطن^(١).

ففي المسألة الأولى إذا حكم له الحاكم بالزوجة جار له أن يطأها وتصير زوجته عند الله تعالى، وقال في المسألة الثانية أنها تصير مطلقة بحكم الحاكم بشهادة الزور بطلاقها ويجوز لها أن تتزوج ويجوز لأحد شاهدي الزور أن يتزوجها وهو يعلم أن الزوج لم يطلقها، وإن حكم الحاكم بطلاقها إنما كان عن شهادة الكذب، وقال في نوع آخر وهو أن يدعى على ذات محرم أنها زوجته وشهد له بذلك شاهداً زور أن الحكم لا ينفذ في الباطن ولا تكون زوجته، وكذلك إذا أقام شاهدي زور في دعوى مال^(٢) فحكم له الحاكم فإنه لا ينفذ، وفصلوا بين الموضعين بأن لكل موضع جار أن يكون للحاكم في ابتداء فعله ولاية نفذ حكمه فيه ظاهراً وباطناً، وكل موضع لا ولاية له في ابتداء فعله لم ينفذ حكمه إلا في الظاهر دون الباطن قالوا فالأول مثل ما قدمناه في ادعاء الزوجية والطلاق وإنما نفذ حكمه في الظاهر والباطن لأن للحاكم ولاية عقد النكاح وفي أن

(١) قال الشيخ المرغيناني: وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهو في الباطن كذلك وكذا إذا قضى بإحلال وهذا إذا كانت الدعوى بسبب معين. انظر الهداية للمرغيناني (١١٩/٣)، وخالفه في هذه المسألة أبو يوسف ومحمد وقالوا: لا ينفذ باطناً. وروى عن أبي حنيفة: أنه لا ينفذ فيهما. انظر الاختيار للموصلي (١١٦/٢، ١١٧).

(٢) ثبت في (١) الحاكم.

يطلق على غيره، ومثال الثانى اعداد زوجية ذوات المحارم وادعاء مال لأن الحاكم لا ولاية له فى تزويج ذوات المحارم^(١) ولا فى نقل الأموال وكذلك لو ادعى رجل على أنه قتل ولياً له وأقام شاهدى زور فحكم الحاكم بالقود لم يكن للمحكوم له أن يقتل لأن الحاكم ليس له أن يتدبى القتل.

فدليلنا قوله عز وجل: ﴿والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيما نكم﴾ [النساء: ٢٤] فحرم المحصنة وهى التى لها زوج إلا أن يملك الكوافر^(٢) بالسبى، وعند المخالف أن التى لها زوج تحل متى حكم الحاكم بشهادة زور أنها قد طلقت أو أن يقيم شهادة زور بتزويجه إياها، وقوله عز وجل: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله﴾ [البقرة: ٢٣٠] فعم، وعندهم أنها لا تحل^(٣) له أن يراجع نكاحها وإن لم يطلقها إذا حكم^(٤) الحاكم بشهادة زور أنه طلقها، وقوله ﷺ: «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلىّ ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو ما أستمع فمن قضيت له بشيء من مال أخيه فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار»^(٥)، وهذا صريح^(٦) بأن حكمه بها ليس بجائز للمحكوم له ولا يحل له بسبب غير صحيح فى الباطن فلم ينفذ الحكم له فى الباطن، كادعاء زوجية ذوات المحارم والحكم بالمال، ولأنه حكم بشهادة زور فلم ينفذ فى الباطن كالمال، ولأن كل شاهدين لو علم الحاكم بحالهما لم [يجز له الحكم بشهادتهما فإذا حكم فيها مع الجهل بحالهما لم ينفذ]^(٧) حكمه فى الباطن كالكاشرين والعبدین.

(١) ثبت فى (١) ذوات المحرم.

(٢) ثبت فى (١) كالکوافر.

(٣) ثبت فى (ب) أنها تحل.

(٤) ثبت فى (ب) إذا شهد.

(٥) أخرجه البخارى فى المظالم (١٢٨/٥) ح (٢٤٥٨)، ومسلم فى الأقضية (١٣٣٧/٣) ح

(١٧١٣/٤).

(٦) ثبت فى (ب) تصريح.

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

باب

العدالة معتبرة في الشهادة^(١) وشرط في قبولها والحكم بها، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذُوَى عَدْلِ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وقوله ﷺ: «فإن شهد ذوا عدل فصوموا وأفطروا»^(٢)، وللإتفاق على أن شهادة الفاسق غير مقبولة، وقوله ﷺ لهلال بن أمية: «ألا أن يجلد هلال بن أمية ويطل شهادته في المسلمين»^(٣) يريد بخروجه عن العدالة بثبوت قذفه، ولا خلاف في ذلك^(٤).

فصل

لا يجوز للحاكم أن يكتفى من العدالة بظاهر الإسلام دون البحث عن حالها والسؤال عن طرائقها والعلم بعدالتهما، وقال أبو حنيفة يكفيه ظاهر إسلامها ويحكم بشهادتهما ولا يلزمه البحث عن عدالتهما إلا أن يجرحهما الخصم^(٥)، ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذُوَى عَدْلِ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] يعنى من المسلمين فعلم أن العدالة معنى رائد على العلم بالإسلام، وقوله ﴿مَنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] والرضا لا يكون إلا بعد البحث عن حاله^(٦) ولا يكفى في ذلك العلم بصحة اعتقاده لأن [أفعاله قد تكون مخالفة لما يوجب اعتقاده]^(٧)، وروى عن عمر رضى الله عنه أن رجلين شهدا

(١) الشهادة في اللغة: خبر قاطع وقد شهد كعلم وشهده كسمعه شهوداً حضره فهو شاهد والجمع شُهود وشُهَدٌ وشَهِدَ لزيد بكذا أدى ما عنده من الشهادة. انظر القاموس المحيط (٣٠٥/١).
وفي الاصطلاح هو: قول هو بحيث يُوجب على الحاكم سماعه الحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدده أو حلف طالبه. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٥٨٢/٢).
وقال الشيخ أحمد الدردير: الشهادة إخبار حاكم عن علم ليقضى بمقتضاه. انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٦٤/٤).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) انظر المغنى لموفق الدين (٧٤/١٢)، انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٣).

(٥) ذكره الشيخ المرغيناني. انظر الهداية (١٣١/٣). وقال أبو يوسف ومحمد: يسأل عنهم في جميع الحقوق سرّاً وعلانية. انظر لاختيار للموصلى (١٩٠/٢).

(٦) ثبت في (١) عن ذلك.

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

عنده فقال: لا أعرفكما ولا يضركما ألا أعرفكما جيئاني برجل يعرفكما فجاءه برجل فقال أتعرفهما قال: نعم، قال: أكنت معهما في السفر الذى يكشف أخلاق الناس قال: لا، قال: أفأنت جارهما تعرف صباحهما ومساءهما، قال: لا، قال: أعاملتهما بالدنانير والدراهم التى تقطع بهما الأرحام، قال: لا، قال يا ابن أخى ما تعرفهما جيئاني بمن يعرفكما^(١)، وهذا قوله بحضرة المهاجرين والأنصار والصحابه ولم ينقل عن أحد خلافه، ولأن العدالة أمر مشروط فى الشهادة يمكن اعتبار باطنه فلم يجز أن يحكم بظاهره، أصله دار الإسلام لأن ظاهر الدار الإسلام، ولأنها شهادة يتعلق بها حكم الحاكم فلا يكتفى فيها بظاهر الإسلام، أصله إذا كان فى قتل أو حد.

فصل

صفة العدل الجائز الشهادة: أن يكون بالغاً غافلاً حراً مسلماً ثقة أميناً غير فاسق بفجور ولا كذب متيقظاً غير غافل فطناً ضابطاً عارفاً بالشهادات وصفة تحملها التى يجوز معها إقامتها متحرراً من الحيل التى تنم على من قل تيقظه^(٢) من الشهود بعيداً عن التهمة بالشبهة ودناءة النفس، حافظاً لمروءته ليس بينه وبين المشهود له أو عليه التهمة معه من محبة إيصال نفع إليه أو دفع ضرر عنه أو ضد ذلك من إلحاق ضرر به ولا فى الشهادة بذلك النوع المشهود فيه ما يوجب من التهمة ما قدمناه.

والتهمة المراجعة فى الشهادات تكون فى ثلاثة مواضع: فى المشهود له والمشهود عليه والشئ المشهود به، وتفصيل هذه الجملة: أن الولد لا تقبل شهادته لوالديه ولا لأجداده وجداته من قرب منهم أو بعد وكذلك الوالدان والأجداد للولد وولد الولد وإن سفلوا ذكورهم وإنائهم الوارث منهم وغير الوارث، وكذلك شهادة أحد الزوجين لصاحبه، والسيد لعبده، وشهادة من له دين على مفلس بحق له على آخر، وشهادة الوصى لمن يلى عليه، وفى شهادته عليهم روايتان: إحداهما الجواز والأخرى المنع، ومن عدا الوالدين والمولودين من سائر القربات جائز شهادتهم لأقاربهم كالأخ والعلم [وولدهم]^(٣) إلا أن تعرض تهمة من دفع عار أو إثبات ولاء للشاهد أو نسب أو أن يكون فى عياله أو تناله صلته أو معروفه وما أشبه فيمنع فيه دون سائر الحقوق.

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٣٣٣/١٠) ح (٢٠٨٣٠).

(٢) ثبت فى (١) تحفظه.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (١).

ولا تقبل شهادة الصديق الملائف ولا السؤال المتكفين للناس.

وأما التهمة فى المشهود عليه فشهادة العدو على عدوه، والشهادة بجرح من شهد على أبيه^(١) وأخيه أو ببعض من لا تجوز له شهادته كجد فإن هذا يتهم بدفع العار عنهم بشهادته. وشهادة الخصم لا تقبل، مثل أن يشهد بجرح من يشهد عليه بزنا أو قتل أو حق سائر الحقوق، وكل من منع الشهادة له فشهادته عليه جائزة مقبولة^(٢) وكل من لم تقبل شهادته عليه فشهادته له مقبولة.

وأما التهمة فى الشهادة والشيء المشهود به فمثل شهادة البدوى على الحضرى^(٣) فى الحقوق الممكن الإشهاد عليها فى الضرر دون القتل والجراح وما لا يمكن تعمد الإشهاد عليه ومثل شهادة ولد الزنا وشبهه، وفى شهادة التائب من كبيرة كان عليها أو تاب منها خلاف بين أصحابنا هل يقبل فى ذلك النوع أم لا، ومثل شهادة الكافر بعد إسلامه والصبى بعد بلوغه والفاسق بعد عدالته والعبد بعد عتقه فيما كانوا يشهدون به فردت شهادتهم فيه [لأنهم يتهمون على دفع العار عنهم بقبول ما ردت شهادتهم فيه]^(٤).

وإذا جمعت الشهادة ما فيه التهمة وما لا تهمة فيه ردت فى الجميع ولم تقبل فيما لا تهمة فيه، وإن جمعت بين ما ترد لغيره التهمة وبين ما لا ترد فيه قبلت فيما لا ترد ورددت فيما لا تقبل فيه، ومثال الأول: أن يشهد بشهادة لنفسه ولأجنبى، أو يشهد اثنان كل واحد منهما لصاحبه بكتاب واحد أو يشهد بحق واحد لأبيه^(٥) ولأجنبى فلا تقبل فى الجميع، وإذا شهد بالوصية له فيها شيء فإن كان ذا بال لم تقبل أصلاً وإن كان يسيراً لا خطب له ولا تسبق التهمة إليه أن يكون شهد لأجلها فيها ثلاث روايات:

إحداها قبول الشهادة فى الجميع^(٦)، والأخرى ردها فى الجميع^(٧) والثالثة ردها فيما له

(١) ثبت فى (ب) ابنه.

(٢) ثبت فى (ب) غير مقبولة.

(٣) ثبت فى (١) القروى.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) ثبت فى (ب) لابنه.

(٦) ذكره ابن عبد البر قولاً ثانياً. وقال: إنها جائزة فى الوصية كلها إذا كان ما أوصى له به فيها يسيراً. واقتصر الشيخ الدردير على هذا القول. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٨٩٤)، انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٤/١٧٨).

(٧) ذكره ابن عبد البر وقدمه وقال: شهادته فيها باطلة كلها شهد معه غيره أم لا. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٨٩٤).

بال وقبولها فيما ليس له بال^(١)، ومثال الثانى أن يشهد النساء بوصية فيها مال وعتق أو يشهدان بطلاق ودين بشهادة واحدة فيقبلن فى الدين دون الطلاق وتقبل شهادة القاذف ما لم يجلد فإذا [جلد لم تقبل إلا أن يتوب وإذا تاب شاهد الزور وعرفت توبته قبلت شهادته]^(٢)، وقال عبد الملك إن كانت حاله فى الظاهر كحال مالك بن أنس والعمرى فلا تقبل شهادته من بعد لأنه لا يستطيع زيادة على ما كان يظهر منه، وإن كان دونهما جازت شهادته بعد توبته إذا ظهر منه من حسن الحال زيادة على ما كان يعرف منه.

فصل

أما اشتراط البلوغ فلأن العدالة من صفات التكليف فهى تتضمن البلوغ، وقد قال النبى ﷺ: [«رفع القلم عن ثلاث فذكر الصبى حتى يحتلم »]^(٣)، والبلوغ مشروط فى كل الشهادات إلا فى موضع ضرورة خرج عن القياس فأجريت كشهادة من يعقل الشهادة من الصبيان فيه للضرورة^(٤) على أوصاف نذكرها، ومنعت فى كل موضع سواء فلا يجب أن يعترض به على الأصل ونحن نبينه.

فصل

شهادة الصبيان تقبل فى الجراح والقتل على شروط تسعة^(٥):

أحدها: أن يكونوا ممن يعقلون الشهادة.

والثانى: أن يكونوا ذكوراً.

والثالث: أن يكونوا أحراراً.

والرابع: أن يكونوا مسلمين.

والخامس: أن يكون ذلك فى قتل أو جرح، وبعض أصحابنا يقول تكون فى الجراح

(١) ذكره ابن عبد البر. وقال: الثالث: أنها جائزة لغيره باطلة لحظ نفسه. ثم قال ابن عبد البر (هذا

القول له حظ صحيح من النظر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٨٩٤).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/١٦٥).

(٥) انظر الموطأ (٢/٧٢٦)، انظر المدونة (٤/٨٠)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩٠٨)، انظر

الشمر الدانى (ص ٦١١).

دون القتل.

والسادس: أن يكون ذلك فيما بينهم خاصة لا لصبي على بالغ ولا لبالغ على صبي.

والسابع: أن يكون ذلك قبل أن يفترقوا ويغيبوا.

والثامن: أن تتفق شهادتهم ولا تختل.

والتاسع: أن يكون من شهد منهم اثنان فصاعداً.

وعند أبي حنيفة^(١) والشافعي: لا تقبل على وجه^(٢) ونحن نتكلم على جواز قبولها في الجملة ثم ندل على وجوب اعتبار ما ذكرناه من الشروط فيها.

فصل

ودليلنا على قبولها على الصفة المشترطة فيها أن ذلك إجماع الصحابة لأنه مروى عن علي وابن الزبير ومعاوية رضى الله عنهم ولا مخالف لهم، وروى أن علياً رضوان الله عليه كان يأخذ بأولى شهادة الصبيان، وروى مالك [عن هشام]^(٣) بن عروة عن أبيه أن ابن الزبير كان يجيز شهادة الصبيان فيما بينهم في الجراح^(٤)، وروى قتادة أن معاوية كان يجيز شهادة بعضهم على بعض ما لم يدخلوا البيوت فيعلموا^(٥)، ولا مخالف لهم ولأن الضرورة تدعو إلى قبولها لأننا لو لم نقبلها لأدى ذلك إلى أمور ممنوعة وذلك أنا قد ندبنا إلى تدريبهم^(٦) على الحرب وتعليمهم الرمي والصراع واستعمال السلاح للحاجة إلى الجهاد وأن ذلك مما يجب أن يلزموا^(٧) عليه وبالقوة من الصغر لينشأوا عليه ويألفوه ومعلوم أنه لا بد أن يخلو بنفوسهم لما يتعاطونه^(٨) من ذلك ولا سيما العرب فإن ذلك لها

(١) ذكره الشيخ منلاخسروا. انظر غرر الأحكام لمنلاخسروا (٢/٣٧١)، انظر الفتاوى الهندية (٤٥٠/٣).

(٢) ذكره الشيخ الشيرازي، انظر المهذب (٢/٣٢٤)، انظر روضة الطالبين (١١/٢٢٢).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٤) أخرجه مالك في الموطأ في الأقضية (٢/٧٢٦) ح (٩).

(٥) أورده الشيخ ابن حزم في المحلى (١٠/٦١٤).

(٦) ثبت في (١، هـ) تضر بهم.

(٧) ثبت في (١) يضرىوا. وفي (هـ) أن يترابوا.

(٨) ثبت في (١) يتعاضونه.

مع أولادها عادة قد طبعوا عليها ولو انتظر إلى أن يشهدوا^(١) أمورهم كبيراً يكون معهم لضاق عليهم لأنه لهم عادة في كل وقت ركوب الخيل وما جرى مجراه وهم من الجنس المحقون دماهم وكانت الجراح والدماء قد غلظ أمرها وشدد الأمر في حفظها بما رادت^(٢) على سائر الحقوق فقبلت فيها الأيمان مع اللوث وليس ذلك في غيرها حياطة لها ومعلوم أنهم إذا اجتمعوا جاز أن يكون بينهم الجراح التي ربما أدت إلى القتال أو إلى ما دونه فلو لم تقبل شهادتهم لأدى إلى أشياء ممنوعة: إما إلى أن لا يجوز لهم التعليم إلى أن يبلغوا وذلك خلاف الإجماع، أو إلى ألا يمكنوا من الرمي ولا علاج بسيف أو رمح إلا إذا كان معهم شهود عدول وهذا أيضاً متعذر ومؤدى إلى أن يتعلموا إلى أن لا يفعلوا من ذلك ما يؤدي^(٣) جراح فهذا أيضاً غير منضبط ولا متأت لهم أو إلى أن ذلك إن جرى أهدرت جراحهم ودماؤهم وهذا أيضاً خلاف الواجب لأنه لا يجوز لنا أن نبيح لهم^(٤) ما يؤدي إلى هدر دمائهم وإضاعته فلم يبق إلا ما قلناه وقد ألزمونا على هذا قبول شهادة العبيد وقد احترزنا منهم بأنهم يجب أن يكونوا من أهل الشهادة بعد البلوغ، وألزمونا اجتماع النساء في الصنيع إذا جرى بينهم من الجراح فأجبنا على ذلك قل ما يقع وما يفعلونه^(٥) من ذلك منهي عنه، والتزمه^(٦) قوم من متأخري أصحابنا، وألزمونا المال فأجبنا عنه بأن الدماء لها حرمة فاحتيط لها ما لم يحتط لغيرها.

فصل

فإذا ثبت وجوب قبولها في الجملة فإنما راعينا اعتبار العقل لأن الغرض من قبول شهادتهم^(٧) أن يؤدوا إلينا^(٨) ما علموا من الحال الحادثة^(٩) التي يشهدون بها وذلك لا يتأتى إلا من العاقل فكان شرطاً معتبراً فيها.

(١) ثبت في (١) أن تواسطوا.

(٢) ثبت في (ب) ريدت.

(٣) ثبت في (ب) ما لا يؤدي.

(٤) ثبت في (١) نبيحهم.

(٥) ثبت في (ب) وما تعلق.

(٦) ثبت في (١) والزمه.

(٧) ثبت في (ب) الشهادة.

(٨) ثبت في (١) النساء.

(٩) ثبت في (١) الجارية.

فصل

وإنما شرطنا الذكورية لأن الإناث لا مدخل لهن في إثبات الدماء، وقد روى عن مالك جواز قبول شهادة الإناث الأحرار، ووجه ذلك: اعتبارهن بالبالغين في كونها لوثة في القسامة على إحدى الروايتين.

فصل

وإنما شرطنا الأحرار لأن العبيد لا مدخل بجنسهم في الشهادة أصلاً ولا يُلطخ بها في دم.

فصل

وإنما شرطنا الإسلام لأن البالغين من الكفار لا تقبل شهادتهم فالأصاغر أولى.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون ذلك في جرح أو قتل لحمة الدماء ووجوب حفظها وعدم الضرورة في ذلك إلى غيرها، ووجه قول من يفرق بين الجراح والقتل من أصحابنا أن القتل أغلظ أمراً من الجراح بدليل أن القسامة فيه دون الجراح وشهادة الصبيان ضعيفة فوجب قصرها على أضعف الأمرين، والصحيح التسوية بينهما لأنها ليس الواجب بها قتل وإنما الواجب بها مال فلا معنى للتفريق بينهما.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون ذلك قبل التفرق لأن الغالب من حالهم أن يخبرون بالصدق إذا بدهوا ويؤدون الأمر على ما جرى عليه وأنهم إذا تفرقوا غيَّبوا ولقنوا وتعلموا الكذب، وقد روى هذا المعنى عن أجاز شهادتهم من الصحابة.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون ما يؤدونه متفقاً لأن الغرض من قبول قولهم أن يغلب على الظن صدقهم فيما يخبرون بموضع اختلاف أقوالهم وتناقضها مما يغلب على الظن كذبهم وتعلمهم وإخبارهم عن الأمر بخلاف ما هو عليه فلم يقبل.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون عددهم اثنين لأن شهادة واحد غير مقبولة في البالغين ففي الأصاغر أولى، فإذا ثبت ما ذكرناه عدنا إلى تفصيل أصل المسألة.

فصل

وإنما شرطنا العقل لقوله تعالى: ﴿وما شهدنا إلا بما علمنا﴾ [يوسف: ٨١]، وقوله ﴿ومن ترضون من الشهداء﴾ [البقرة: ٢٨٢] والمجنون غير مرضى ولا علم له بما شهد به وقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث: فذكر المجنون»^(١) وذلك يفيد أنه لا حكم لقوله ولا خلاف في ذلك^(٢).

فصل

وإنما شرطنا أن يكون ذلك فيما بينهم لأن الكبير لا ضرورة به إلى مخالطة الصبيان فكان قولهم يسقط مع مشاهدة الكبار، ولأن القياس يمنع قبول شهادتهم وإنما أجيّزت للضرورة فيجب قصرها على قدر ما دل عليه الدليل.

فصل

وإنما شرطنا الحرية، خلافاً لداود في قوله أن شهادة العبد مقبولة لسيده ولغيره^(٣)، لقوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ [الطلاق: ٢] وهذه الإضافة تفيد الحرية دون الإسلام لأن غير المسلم ليس بعدل، ولأنه نوع نقص يمنع الميراث بينه وبين الأحرار فوجب أن يمنع قبول الشهادة كالكفر، ولأن الشهادة مبنية على التفاضل والكمال وكل ما هذه سبيله فلا مدخل للعبد فيه كالرجم.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) قال ابن المنذر: وأجمعوا على أن لا شهادة للمجنون في حال جنونه. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٤)، انظر المغنى لموفق الدين (٢٧/١٢).

(٣) وهو رواية عند أحمد وروى ذلك عن علي رضي الله عنه وأنس رضي الله عنه وبه قال عروة وشريح وإياس وابن سيرين والبتي وأبو ثور وابن المنذر. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/٧٠)، انظر حلية العلماء للشاشي (١١٩٣/٣).

فصل

ولمّا شرطنا الإسلام خلافاً لأبى حنيفة فى قوله إن شهادة الكفار مقبولة على أهل ملتهم وعن سائر أنواع الكفر^(١)، لقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدِينَ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ ولا تخلو هذه الإضافة أن تكون إلى الدين أو الحرية أو النسب وأى ذلك فالكافر لا مدخل له فيه والنسب غير معتبر باتفاق، ولأن كل من لا تقبل شهادته على المسلمين لم تقبل على غيرهم كالفاسق الملى، ولأنه فاسق بفعله كالملى^(٢)، ولأن فسق المسلم أدون منه وشهادته غير مقبولة فشهادة الكافر أولى.

فصل

ولمّا شرطنا أن يكون ثقة لأن ذلك من صفات العدالة لأن الكذاب والخائن فاسقان غير عدلين ولا مرضيين فلم يجز قبول شهادتهما.

فصل

ولمّا شرطنا الأمانة لأن ضدها الخيانة وذلك فسوق^(٣) والخائن غير عدل ولا مرضى ولمّا شرطنا نفى الفجور والكذب لأن ذلك من ضروب الفسق الذى هى أبلغ ما يفسق به الفاسق ولا خلاف فى ذلك^(٤).

فصل

ولمّا شرطنا الضبط والفظنة والتحرر لأنه ما لم يكن كذلك غمت عليه حيلة الخصم فلا يؤمن أن يشهد بالزور والكذب فإذا كان متحرراً متيقظاً^(٥) أمن عليه ذلك وأدى الشهادة سليمة مما يخاف عليه من الزلة فيها، ولذلك أصل فى الشهادات وهو جعل امرأتين يلزأ شهادة^(٦) واحد من الرجال لأن الغالب من شأن النساء السهو وقلة التحصيل

(١) ذكره الشيخ المرغينانى، انظر الهداية للمرغينانى (١٣٧/٣) انظر الاختيار للموصلى (٢/ ٢٠٠).

(٢) ثبت فى (ب) الولى.

(٣) ثبت فى (ب) فسق.

(٤) ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ٢٩).

(٥) ثبت فى (١) متيقظاً.

(٦) ثبت فى (ب) شاهد.

ولذلك قال ﷺ: «إنكى... صات عقل ودين»^(١)، وذكر فى نقصان العقل أن شهادة امرأتين مقام شهادة رجل فيتم عليها حيلة لا يؤمن معها أن تؤدى الشهادة على خلاف ما هى عليه فضمامنا إليها أخرى لأن ذلك يسعد عن الجماعة ويؤمن فيها غالباً وكل هذا يدل على وجوب ما رعيناه فى الشهود.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون عارفاً بالشهادات ووجه تحملها لأنه متى لم يكن كذلك لم يكن مرضياً وقد شرط الله تعالى الرضا فى قبول الشهادة والجاهل ليس بمرضى، وليس يكفى فى ذلك أن يكون من أهل الدين دون أن يضاف إليه العلم لما يشهد به ومعرفة أداء الشهادات ولأنه إذا كان غير عارف بكيفية تحملها لم يؤمن أن يؤديها على الوجه الممنوع قبولها معه فلم يجز.

فصل

وإنما شرطنا بعده عن الشره ودناءة النفس^(٢) لأنه إذا كان معروفاً بذلك سقطت مروءته وسبقت الظنة إليه وتسرع إليه التهم أنه إنما يشهد لشيء يعطى له وذلك قاذح فى العدالة والدين مزيع^(٣) الصديق والأمانة فوجب حسم الباب بانتفائه عن الشاهد.

فصل

وإنما شرطنا الحفظ للمروءة لأن من لا يحفظ مروءته ويراعىها ليس بمرضى، ولأنه إذا أهملها دل ذلك منه على إهماله دينه وقلة مراعاة ما يلزمه من حق الله، وسبقت الظنة إليه وقذح ذلك فى عدالته، وإنما شرطنا نفى التهمة فى الجملة لقوله ﷺ: «لا تقبل شهادة خصم، ولا ظنين»^(٤)، ولا جار لنفسه^(٥)، وروى: «لا تقبل شهادة ذى

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ثبت فى (ب) والدناءة.

(٣) ثبت فى (أ) مؤمن وفى (ب) موقع.

(٤) قال الشيخ الأبى: الظنين هو المتهم فى دينه بارتكاب أمر لا يجوز شرعاً. انظر الثمر الدانى (ص

٦٠٨).

(٥) أخرجه مالك فى الموطأ فى الأقضية (٢/ ٧٢٠) ح (٤)، والبيهقى فى الكبرى (١٠/ ٣٣٩) ح

(٢٠٨٦٠)، وذكره الحافظ ابن حجر وقال هو حديث منقطع. انظر تلخيص الحبير (٤/ ٢٢٣).

ظنة»^(١)، ولأن ذلك لو جاز^(٢) لقبّلت شهادة الإنسان لنفسه - ج إلى غيره فإذا كان غيره يتهم له جرى مجرى شهادته لنفسه.

فصل

ونتكلم على التفصيل لهذه الجملة على ما قدمناه، وإنما منعنا من قبول شهادة الولد لوالديه وشهادتهما له خلافاً لداود وغيره في إجازته ذلك^(٣) لقوله ﷺ «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»^(٤) والظنة موجوده هاهنا لأنه معلوم بالطباع^(٥) أن الابن يحب نفع أبيه والاب يحب إيصال المنفعة إلى ابنه ورفع الضرر عنه ويؤثر ذلك على منفعة نفسه فضلاً من غيره فربما دعاه ذلك إلى أن يشهد له في الزور ويركب كل محذور في تخليصه من ضرر يقع فيه أو إيصال نفع إليه، [وقد قال تعالى: ﴿وَأَصْلَحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي﴾ [الاحقاف: ١٥]]^(٦) وقد قال ﷺ: «فاطمة بضعة مني يربيني ما يربوها»^(٧).

فصل

وإنما أجرينا سائر الوالدين والمولودين من بعد منهم مجرى من قرب للاتفاق على ألا فرق بينهما في ذلك لأن عمود الولادة يجمعهم، ولأن التهمة قائمة في الجنس لا تخصص ببعض منه وإن كانت في الأقرب^(٨) أكثر.

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٣٣٩/١٠) ح (٢٠٨٥٨)، والحاكم في المستدرک (٩٩/٤). وقال: صحيح على شرط مسلم وأقره الذهبي.

(٢) ثبت في (أ) لو كان.

(٣) روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن شهادة كل واحد منهما للآخر مقبولة وروى ذلك عن شريح وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو ثور والمزنى وداود وإسحاق وابن المنذر. وحكاه ابن القاضى عن الشافعى فى القديم. وروى عن أحمد بن حنبل أنه تقبل شهادة الابن لأبيه ولا تقبل شهادة الأب له. انظر المغنى لموفق الدين (٦٥/١٢)، انظر حلية العلماء للشاشى (١١٩٦/٣).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ثبت في (ب) بالطباع.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٧) أخرجه البخارى فى فضائل الصحابة (٩٧/٧) ح (٣٧١٤)، ومسلم فى فضائل الصحابة (١٩٠٢/٤) ح (٢٤٤٩/٩٣).

(٨) ثبت فى (ب) الأقارب.

فصل

ولما منعنا [من قبول] ^(١) شهادة أحد الزوجين للآخر خلافاً للشافعي ^(٢) لقوله ﷺ: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين» ^(٣) والظنين المتهم والتهمة حاصلة بين الزوجين في غالب الطباع ودليل ذلك الشرع والعادة، أما الشرع فقوله تعالى: ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة﴾ [الروم: ٢١] فأخبر تبارك وتعالى أن الزوجية سبب لسكون نفس كل واحد منهما إلى الآخر وأنه طبعهم على التحاب ^(٤) والتودد والحنو ^(٥) والرافة ^(٦) ونبه على تأكيد ذلك بقوله: ﴿خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها﴾ [الروم: ١٤] وقوله: ﴿إن من أزواجكم وأولادكم عدواً لكم﴾ [التباين: ٢١] فجعل هذين الجنسيتين غاية ومثلاً يستطرف وقوع العداوة من مثلهما لأنهما الغاية في المحبة والعطف التي لا زيادة فوقها فدل ذلك على قوة التهمة وتأكيدها، وأما العادة فالعلم بأن الإنسان يحب نفع زوجته ويهوى هواها ^(٧) ويكره ضررها حتى أنه يغضب لها أهله وأقاربه ويتنفذ بمالها ويتبسط فيه ويتجمل به وأنه ينتهي في محبتها والميل إليها إلى حد تقوى معه التهمة، وإذا صح ذلك كانت هذه التهمة مانعة من قبول شهادة أحدهما للآخر كالأب والابن ونحوه قياساً فنقول لأنها شهادة تقوى التهمة وأسبابها من الشاهد والمشهود له فكانت مردودة، أصله شهادة الأب لابنه، ولأنها شهادة يجز بها الشاهد نفعاً إلى نفسه فلم تقبل كشهادته لنفسه ولغيره.

فصل

وأما شهادة السيد لعبده فإنها أدخل في المنع من جميع ما ذكرناه، لأن التهمة قائمة

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ذكره الشيخ الشيرازي. انظر المذهب (٢/ ٣٣٠). وقال الإمام النووي: تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر على الأظهر وقيل: قطعاً وفي قول: لا تقبل. وفي قول: شهادة الزوج لها دون عكسه.

انظر روضة الطالبين (١٢/ ٢٣٧).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ثبت في (ب) التجيب.

(٥) ثبت في (ب) الحنة.

(٦) ثبت في (ب) الرقة.

(٧) ثبت في (ل) يهواها.

فيها إن شهد فيها بغير مال على مثل تزويج أو رجعة أو ما أشبه ذلك، وإن شهد بمال كانت شهادته لنفسه لأنه يملك عبده وماله.

فصل

فأما شهادة الغريم لغريمة المفلس فلأنه متهم فيه أيضاً أن يكون إنمّا شهد له أن يصل المال إليه فيكون كأنه شهد لنفسه فلم يقبل، ولأنه خصم وقد قال ﷺ «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»^(١).

فصل

وإنمّا منعنا شهادة الوصى لمن يلى عليه^(٢) لأنه يجربها إلى نفسه نفعا وهو جواز تصرفه في المال وكونه في قبضه لحق ولايته، ووجه قوله إن شهادته عليهم تقبل لانتفاء التهمة عنهم فيها بخلاف الشهادة لهم لأنه يخرج عن يده ما لا يقطع حق ولايته فيه، ولأن كل من لم تقبل شهادة إنسان له قبلت عليه كالأب والابن، ووجه قوله إنها لا تقبل اعتباراً بالشهادة لهم لأنها شهادة في حق لوليه^(٣) بولاية لأن التهمة قائمة في الموضوعين لأنهم^(٤) يخرج عنهم مالا بقوله ولزمه بحق الولاية حفظه.

فصل

وإنمّا أجزنا شهادة سائر القرابة عدا من ذكرنا لأن التهمة تضعف فيها ولا تقوى قوتها في الولادة والزوجية وإنمّا منعناها إذا كان في عيال من يشهد له لأن التهمة تقوى فيها فيمتنع قبولها، وكذلك في دفع العار مثل أن يقذف أخوه رجلاً ويشهد هو وثلاثة على المَقْدُوف بأنه زنى فلا يقبل لأنه بشهادته يدفع العار عن أخيه لأن عاره ينجر إليه، وكذلك لو قذف أخاه رجل وأتى بأربعة شهداء أنه زنى ثم شهد هذا الأخ بجرحهم^(٥) [فلا يقبل لأنه متهم بالجرح]^(٦) أن يريد دفع العار عن أخيه.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر الكافي لابن عبد البر (٢/٨٩٤)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/١٧٨).

(٣) ثبت في (١) تولية.

(٤) ثبت في (ب) لأنه.

(٥) ثبت في (ب) بالجرح.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فصل

وإنما منعنا قبول شهادة الصديق الملائف إذا كانت تناله الصلوة والمعروف خلافاً لأبى حنيفة والشافعى^(١) لقوة التهمة لأنه معلوم أنه من بينه وبين غيره صداقة ومودة فإنه يبره ويصله وأنه يحب جر النفع إليه ودفع الضرر عنه فردت شهادته له وعلى نحو من ذلك شهادة السؤال بل الرد^(٢) فيهم أولى لأن الصدقة قد يكون معها البر وقد لا يكون والسؤال أمرهم مبنى على التماس البر من أدنى وجوهه.

فصل

ومثل ذلك منعنا شهادة العدو على عدوه خلافاً لأبى حنيفة^(٣) لأن الطباع تقضى أن العدو يحب ضرر عدوه وإذابته ويتهم بإدخال الضرر عليه بشهادته عليه فمنعناها لأجل ذلك كما منعناه فى الصديق لقضائهما بضد ما تقضى به فى العدو والتهمة قائمة فى الموضعين .

وتحريره أن يقال بأن بينهما تهمة غالبية فى الطباع فكانت مؤثرة فى رد الشهادة كالتهمة بين الأب والابن على أن نص الخبر شاهد لنا وهو قوله ﷺ «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى غمر على أخيه»^(٤).

فصل

وإنما منعنا قبول شهادته لجرح من شهد عليه بحق أو حد لأنه خصم فى ذلك وقد قال ﷺ «لا تقبل شهادة خصم»^(٥).

(١) ذكره الشيخ زكريا الأنصارى. انظر حاشية الجمل على المنهج (٣٨٤/٥)، انظر مغنى المحتاج (٤٣٥/٤)، حلية العلماء للشافعى (١١٩٦/٣).

(٢) ثبت فى (١) البر.

(٣) ذكره الشيخ الموصلى. وقال: ولا تقبل شهادة العدو إن كانت العداوة بسبب الدنيا وتقبل إن كانت بسبب الدين. انظر الاختيار للموصلى (١٩٩/٢)، انظر غرر الأحكام لمئلا خسروا (٣٧٦/٢).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

فصل

وإنما قلنا من منع شهادته [له قبلت عليه، ومن منع شهادته عليه قبلت له]^(١) لأن التهمة توجد في أحد الموضعين وتتفى من الآخر فحيث توجد منعناها وحيث تتفى نجيئها لأنها هي العلة المؤثرة.

فصل

وإنما منعنا شهادة البدوى على القروى فى الحقوق التى يمكن التوثق فيها بإشهاد الحاضر^(٢) خلافاً لأبى حنيفة والشافعى^(٣)، لقوله ﷺ: «لا تقبل شهادة بدوى على قروى»^(٤) وروى «على صاحب قرية»^(٥) ولأن التهمة تقوى فى هذه الشهادة لأن الناس لا يتركون التوثق بإشهاد جيرانهم وأهل بلدهم ويستشهدون بالأبعد وأهل البدو^(٦) إلا لريبة يعلمون معها أن الشهود من الحضر لا يشهدون فى ذلك فيعدلون إلى من لا يعرفه، ولذلك قلنا إنها تقبل فى الجراح وفيما يتفق من الحقوق فى البادية التى يخاف فواتها والتجاعد إن وقف عليها إلى الحصول فى الحضر لانتفاء التهمة فيها.

فصل

وإنما قلنا إن شهادة ولد الزنا لا تقبل فى الزنا خلافاً لأبى حنيفة^(٧) والشافعى^(٨)، لقوله ﷺ: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»^(٩) والظنة هاهنا موجودة لأنه يجب أن

(١) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٢) ثبت فى (١) الحاضرة.

(٣) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (١١/٢٤٥)، وذكره الشيخ أبى عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقى. انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٥٧٩).

(٤) أخرجه أبو داود فى الأقسضية (٣/٣٠٥) ح (٣٦٠٢)، وابن ماجه فى الأحكام (٢/٧٩٣) ح (٢٣٦٧)، والبيهقى فى الكبرى (١٠/٤٢٢) ح (٢١١٨٢)، والحاكم فى المستدرک (٤/٩٩).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ثبت فى (ب) البلد.

(٧) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (٣/١٣٨)، انظر الاختيار للموصلى (٢/٢٠١)، الفتاوى الهندية (٣/٤٦٩).

(٨) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (١١/٢٤٥)، انظر حلية العلماء (٣/١١٩٤).

(٩) تقدم تخريجه.

يكون غيره مشاركاً له المعرة، والعادة تقضى بذلك لأن كل معرور بأمر لا يفارقه يجب أن يكون غيره مثله^(١) ولو أمكنه لا يبقى أحد إلا يكون مثل حاله لأحب ذلك لئلا يتفرد بالعار فيكون في مشاركة غيره له سلوة وقد نبه الله تعالى على هذا المعنى بقوله: ﴿ولن ينفعكم اليوم إذا ظلمتم أنكم في العذاب مشتركون﴾ [الزخرف: ٣٩] معناه لما كنتم تعتقدون في الدنيا من المشاركة في الشدة يحدث معها السلوة لمن هو فيها غير خالصة^(٢) لكم، ونحو ذلك روى عن عثمان رضى الله عنه أنه قال: ودت الزانية أن النساء كلهن زنين^(٣)، فأخبر أن ذلك طبع في الناس أن المعرور يجب أن يشاركه كل واحد في معرته ليقول من يعيره بذلك وإذا صح قوة التهمة في هذه الشهادة بما ذكرناه وجب ردها.

فصل

وأما من كان على كبيرة مثل الزنا وشرب الخمر^(٤) وغيره فتأب منها، فوجه القول أن شهادته لا تقبل في مثل ذلك الشيء اعتباره بمسألتنا بعله أنه معنى يلحق به العار فاتهم بمشاركة غيره له في المعرة، ووجه القول بأنها تقبل أن معرة هذه الأشياء تزول بالتوبة منها كالكافر يسلم ويفارق ولد الزنا لأن معرته لا تزول فالتهمة لا تفارقه.

فصل

وإنما قلنا في الفاسق والكافر والصبي والعبد: إنهم إذا شهدوا بشهادة فردت ثم شهدوا بها بعد روال العلل المانعة من قبول شهادتهم أنها لا تقبل خلافاً لأبى حنيفة^(٥) والشافعي^(٦) فيما عدا الفاسق للتهمة منهم أن يكونوا إنما شهدوا بها ليزول عنهم العار^(٧)

(١) ثبت في (ب) مشاركاً له.

(٢) ثبت في (أ) خالصة.

(٣) ذكره ابن قدامة في المغنى، وقال: قال ابن المنذر ما احتجوا به غلط من وجوه: منها أنني لا أعلم ما ذكر عن عثمان ثابتاً عنه وأشبه ذلك أن لا يكون ثابتاً عنه وغير جائز أن يطلق عثمان كلاماً بالظن عن ضمير امرأة لم يسمعها تذكره. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/٧٣).

(٤) ثبت في (ب) والشرب.

(٥) قال الشيخ الموصلى: والمعتبر حال الشاهد وقت الأداء لا وقت التحمل لأن العمل بها والإلزام حالة الأداء فتعتبر الأهلية والولاية عنده. انظر الاختيار للموصلى (٢/٢٠١)، انظر بدائع الصنائع للكاظمي (٦/٢٧٠)، انظر الهداية للمرغيناني (٣/١٣٥).

(٦) ذكره الإمام النووي. انظر روضة الطالبين (١١/٢٤٥)، انظر مغنى المحتاج (٤/٤٣٨).

(٧) ثبت في (ب) العادة.

بردها، واعتباراً بالفاسق لأنهم موصوفون بنقص ينافي العدالة فوجب إذا شهدوا حال وجود هذا النقص ثم زال أنهم إذا أعادوها لا تقبل كالفاسق.

فصل

وإنما فرقنا بين أن تجمع الشهادة ما فيه التهمة وبين ما لا تهمة فيه أنه يرد الجميع وبين أن تجمع أنواعها تقبل شهادة ذلك^(١) في بعضها ولا تقبل في البعض فقبلناها فيما تقبل فيه لأن في المسألة الأولى تقوى التهمة أن يكون إنما شهد بما لا يتهم فيه ليقبل فيما يتهم فيه وذلك كما يشهد لابنه ولأجنبي بحق فإنما شهد للأجنبي لأنها إذا قبلت في حقه قبلت في حق ابنه فردت في الجميع، وفي المسألة الأخرى لا تهمة فيه فوجب قبولها.

فصل

والصحيح من الروايات فيمن شهد في وصية^(٢) له فيها شيء ألا تقبل شهادته لا في حقه ولا في حق غيره لأن مع التهمة لا تتبعض الشهادة على ما ذكرناه.

فصل

وإنما قلنا إن شهادة القاذف تقبل ما لم يجلد لأنه على العدالة لا يثبت فسقه إلا بأن يثبت عليه البينة فيجلد، فإذا جلد ثبت فسقه فلم تقبل شهادته لقوله عز وجل: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً﴾ [النور: ٤] وإنما أجزنا شهادته بعد الستوية خلافاً لأبي حنيفة^(٣) لقوله تعالى: ﴿إلا الذين تابوا﴾ [النور: ٥]، ولأن كل من ردت شهادته لفسق قبلت عند زوال فسقه اعتباراً بالزاني والسارق.

(١) ثبت في (ب) ذلك الشاهد.

(٢) ثبت في (ا) وصيته.

(٣) ذكره الشيخ المرغيناني. وقال: لا تقبل شهادة القاذف وإن تاب لأنه من كمال الحد. انظر الهداية للمرغيناني (٣/١٣٥)، انظر الاختيار للموصلي (٢/١٩٧).

فصل

وإنما قلنا في شاهد الزور: إن شهادته تقبل إذا تاب^(١) لأن فسقه يزول بالتوبة فأشبهه شارب الخمر وغيره من الفساق إذا تابوا، وعبد الملك أجراه معجى الزنديق لأنه إذا كان في الظاهر كمالك بن أنس والعمرى فإنه لا يوصل إلى توبته وإلى العلم بها لأنه لا يقدر أن يزيد على ما كان عليه وقد كان بتلك الصفة وهو فاسق فشكل حاله.

(١) ذكره ابن عبد البر قولاً بصيغة التضعيف وقال: وقد قيل: إنها تقبل إذا علمت توبته وصحت إنابته ورجعته وازداد خيراً في حاله وقدم عليه أن شاهد الزور لا تقبل شهادته أبداً إذا كان ظاهر الصلاح والعدالة وصح عليه الزور في تلك الحال. انظر الكافي لابن عبد البر (٢/٨٩٨).

باب

القدر الذى يلزم فى التزكية: أن يشهد الشاهدان لمن يزكيانه أنه عدل رضى ولا يكفى أحد الوصفين عن الآخر ولا يكفى من ذلك أن يقول لا أعلم له زلة ولا جريمة^(١) ولا أعلم إلا خيراً وإنى لأرضى به لى وعلى، وإنما قلنا لا بد من وصفه بالعدالة والرضا^(٢) لأن الله تعالى شرطهما فى قبول الشهادة وقال: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وقال: ﴿مَنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ومعنى العدالة^(٣): هو الاستواء والاستقامة ولذلك تنتفى الشهادة مع التهمة والغفلة وغيرهما لأن أحوال الشاهد غير مستقيمة معهما.

وإنما قلنا إنه لا يجزى من ذلك أن يقول لا أعلم إلا خيراً أو لا أعلم له زلة لأن ذلك شهادة بنفى^(٤) فلا يستفاد بها شيء، ولأن التزكية فى العدالة إثبات عدالة الشاهد والإخبار عما لا يعلمه الحاكم منه، فإذا قال لا أعلم له زلة ولا أعلم إلا خيراً كان بمنزلة الحاكم لأن الحاكم أيضاً لا يعلم له زلة، وقد يعلم منه الخير والتدين ولكن لا يعلم هل هو ممن يصلح للشهادة أم لا، وأما قوله إنى رضى به لى وعلى فليس بتزكية أيضاً لأنه قد يرضى بغير العدل وبالمغفل^(٥) والمتهم لغرض له وقد لا يرضى العدل المرضى على حسب اختياره فليس على رضا الإنسان لأمره غمار فلم يكن قوله هذا مؤثراً فى التزكية.

(١) ثبت فى (ب) خزبة.

(٢) ذكره الشيخ أحمد الدردير. انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/ ١٧٠)، انظر الشمر الدانى (ص ٦١١)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٠٠).

(٣) ثبت فى (ب) العدل.

والعدل فى العرف: هو حر مسلم عاقل بالغ بلا فسق وحجر وبدعة وإن تأول لم يباشر كبيرة أو كثير كذب أو صغيرة خسة وسفاهة. وغير ذلك من الأمور المخلة بالمروءة. انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/ ١٦٥).

وقال الشيخ ابن عرفة الدسوقي: العدالة: صفة مظنة لمنع موصوفها البدعة وما يشينه عرفاً ومعضية غير قليل الصغائر. انظر شرح حدود ابن عرفة للرباع (٢/ ٥٨٨).

(٤) ثبت فى (أ) تنفى.

(٥) ثبت فى (ب) وبالمغفل.

فصل

ومن عرفه القاضى بالعدالة والرضا قبل شهادته ولم يحتج إلى أن يشهد عنده بتزكية، وكذلك المشتهر بالصلاح والدين لأن الغرض بالتزكية أن يعلم الحاكم أنه من أهل الشهادة فإذا عرف منه أغناه عن التزكية، وليس ذلك حكماً بالعلم لأنه أمر يظهر ولا يخفى أعنى العدالة والفسق، ولأنه قد يتوقف عن قبول شهادته ويقبله غيره من الحكام ولو كان حكماً لم يعجز نقضه، وإذا كان الحاكم لا يعرفه لم يثبت عدالته إلا بشهادة عدلين ويأن يعلمه صاحب مسائله بما عرف من حديثه لأنه خليفته وقائم فى التزكية والجرح مقامه، والتعديل الذى يكون شهادة لا يكون إلا باثنين^(١).

فصل

إذا عدل رجلان رجلاً وجرحه آخران ففيها روايتان^(٢): إحداهما أن ينظر إلى عدل البيتين فيؤخذ بها، والأخرى أن شهادة الجرح أولى من التعديل.

فوجه الأولى تعارض البيتين فى أمر طريقه الاجتهاد فوجب الحكم بأعدلهما، أصله فى الأموال، ووجه الثانية أن الجرح يخفى ولا يظهر فالشاهدان به عرفا من حال المجروح ما خفى عن المعدلين فكانت شهادتهما أولى، ولأن ذلك كالخبرين الحاضر والمبنيح إذا تعارضا أن الحاضر أولى.

(١) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٨٩٩/٢)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٧٠، ١٨١).

(٢) قال ابن عبد البر فى الكافى: إذا عدل الرجلان رجلاً وجرحه رجلان آخران حكم بأعدلهما فإن تكافئا فى العدالة وكانت الجرحه مما تخفى فالشهادة بها أولى ويحتاج الحاكم أن يكشفهما عن الجرحه ما هي وقال مالك: ويقول لهما القاضى: بم ترحانه لينظر فى ذلك فلعلها لا تكون عنده جرحه ويلزمه أن يوقعهما على تاريخ علمهما بذلك لعله أن يكون قديماً وقد صلحت حاله بعد. انظر الكافى لابن عبد البر (٩٠٠/٢)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٧١/٤).

باب

تَحْمَلُ^(١) الشهادة فرض في الجملة، لقوله تعالى: ﴿تَعَانُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢] وذلك من أفضل البر لأنه يتعلق به حفظ أموال الناس وحقوقهم وحقوق الله تعالى وإقامة حدوده، وقوله: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ﴾ [النساء: ١٣]، وقوله: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] وذلك على عمومته في التحمل والأداء، وقوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفَسَدَتِ الْأَرْضُ﴾ [البقرة: ٢٥١] قال سفيان بن عيينة: هو ما يدفع الله بالشهود من التجاحد والتظالم، وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: ٢].

فصل

إذا ثبت أن ذلك فرض في الجملة فإنه من فروض الكفايات إذا قام به البعض سقط عن الباقيين فهو جارٍ مجرى غسل الميت ودفنه والصلاة عليه ومجرى الجهاد وغيره من فرائض^(٢) الكفايات والدليل على ذلك^(٣) أنها براءة للتوثق وحفظ الحقوق فإذا حصل هذا المعنى بالبعض سقط عن الباقيين كما ذكرناه.

فصل

وإذا ثبت، فقد يتعين فرضها في بعض المواضع وقد لا يتعين: [فالمواضع التي يتعين]^(٤) أن يدعى الشاهد إلى تحمل الشهادة وهناك جماعة كبيرة ممن يتحملها فإنه يجب على اثنين منهم بغير أعيانهم فمن قام منهم بها سقط عن الباقيين.

وأما المواضع التي يسقط فيها فهو أن يدعى إلى تحمل شهادة قد تحملها غيره فلا تلزمه الإجابة لأن الغرض قد سقط بمن قام بها وتحملها، وأما المواضع التي يتعين فيها

(١) قال الشيخ ابن عرفة الدسوقي: التحمل عرفاً علم ما يشهد به بسبب اختيارى - وقال الشيخ الرصاع: التحمل في اللغة يطلق على الالتزام. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٥٩٤/٢).

(٢) ثبت في (ب) فروض.

(٣) ثبت في (ب) على أنها إنما تراد.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فرضها فمثل أن يدعى إلى تحملها وليس هناك غيره فتلزمه الإجابة وكذلك لو كان هناك من يتحملها إلا أنه يتعذر وجودهم أو يخاف بانتظارهم فوات الحادث مثل موت الموصى أو جحود المقر أو ما أشبه ذلك فتلزمه الإجابة وهذا إذا لم يكن له ما يعذر به فإن كان له عذر من مرض أو زمانة أو حق مثل ذلك الحق يخاف فوته وما أشبه ذلك من الأعذار لم^(١) يلزمه .

فصل

فإذا ثبت تحملها على الوجه الذى ذكرناه، فأذاؤها فرض أيضاً على الكفاية وحكمها حكم التحمل فى التعيين وغيره، فإن دعى إلى إقامتها وهناك من يقيمها غيره لم تلزمه الإجابة لأن المقصود من الأداء إثبات الحق عند الحاكم فإذا حصل المقصود سقط الغرض، وكذلك إن كان من يسقط الغرض به كالصلاة على الجنائز، وأما إن دعى ولم يكن قد أشهد سواه أو أشهدوا سواه ولكن تعذر إحضارهم لبعد أو غيبة أو موت أو مرض فإنه يتعين عليهما الحضور والأداء لأن فى امتناعهما إتلاف الحق وإضاعته، والدليل على وجوب الأداء فى الجملة قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبُ الشَّهَادَةُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] وقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: ٢] وقوله عز وجل: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثَمُ قَلْبِهِ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، ولا خلاف فى ذلك^(٢)، والله أعلم .

(١) ثبت فى (ب) فلا .

(٢) انظر المغنى لموفق الدين (١٢/٢، ٣) .

باب

البيئة مرتبة بحسب الحقوق المشهود فيها والمحتاج إلى إقامتها وما هي عليه من التوسعة والتضييق والتخفيف والتثقيل وإمكان التوثق وتعذره على ما نبينه من بعد، والبيانات على اختلاف مراتبها في القوة والضعف لا تخرج من أقسام^(١):

أحدهما: أربعة شهود رجال بالغون.

والثاني: شاهدان رجالان.

والثالث: شاهد وامرأتان.

والرابع: شاهد ويمين المدعى.

[والسادس: شاهد المدعى ونكول المدعى عليه.

والسابع: امرأتان ونكول المدعى عليه]^(٢).

والثامن: يمين المدعى ونكول المدعى عليه.

والتاسع: يمين المدعى مع قوة السبب.

والعاشر: امرأتان بانفرادهما.

والحادي عشر: شهادة الصبيان في الموضع الذي ذكرناه.

والثاني عشر: أيمان الأولياء في الدم مع اللوث.

والثالث عشر: شهادة السماع.

والرابع عشر: كتاب قاضٍ إلى قاضٍ.

والخامس عشر: معرفة العفاص والوكاء في اللقطة لأن ذلك كالبيئة.

وربما أغفلنا شيئاً يجرى ما ذكرناه فنبينه بقدر ما أوردناه عليه.

(١) انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ٩٢٣، ٩٢٤)، انظر الثمر الداني (ص ٦٠٧، ٦٠٨)، انظر حاشية

الدسوقي على الشرح الكبير (١٨٥ - ١٨٨).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فصل

الحقوق المشهود بها على ستة أضرب:

أحدها: أحكام تثبت في البدن ليست بمال ويطلع عليها الرجال على غالب الحال.

والثاني: أحكام تثبت بالبدن تتعلق بالمال.

والثالث: أحكام تثبت في البدن لا يطلع عليه الرجال بل النساء كعيوبهن والولادة^(١).

والرابع: شهادة على مال.

الخامس: شهادة على ما كان المقصود منه المال وهذا كالقسم الذي قبله وإن انفرد عنه.

السادس: ما يجمع القسمين من هذه الأقسام أو أكثر.

فإذا ثبت هذا فانقسام البيئات على الحقوق على وجوه:

أحدها: ما لا مدخل فيه لشهادة النساء أصلاً ولا يقبل فيه إلا الرجال.

والآخر: ما يقبل فيه الرجال والنساء ولا يقبل فيه النساء بانفرادهن.

والثالث: ما تقبل فيه النساء بانفرادهن.

والرابع: ما يقبل فيه الرجل الواحد والمرأتان مع يمين المدعى.

ثم بقية الأقسام على ما قدمناه.

فصل

أما الأحكام التي تثبت في البدن ليست بمال ويطلع عليها الرجال في غالب الحال كالزنا والقذف والقتل والنكاح والرجعة والطلاق، والإعتاق والإحصان^(٢) والتعديل والتجريح ورؤية الأهلة والشهادة على الشهادة^(٣) وما أشبه ذلك فهذا لا يقبل فيه إلا الرجال.

(١) ما بين المعكوفين مطموس في (أ، ب).

(٢) ثبت في (ب) الإصلاح.

(٣) ثبت في (أ) الشهادات على الشهادات.

فالأربعة فى الشهادة على إثبات الزنا وذلك على ثلاثة أوجه: إما شهادة على رؤية الزنا فهو المتفق عليه، وإما شهادة على الشهادة به وإما الشهادة على كتاب الحكم به وهذان مختلف فى الشهادة بهما، فقيل: يكفى شهادة اثنين على شهادة كل واحد من الأربعة^(١) وعلى كتاب الحاكم به، وقيل لا يكفى إلا أربعة على كل واحد من الأربعة وكذلك على كتاب القاضى.

وأما الشاهدان فلسائر الأحكام التى تثبت فى البدن وفى المال مما عددها.

وأما الشاهد والمرأتان والشاهد ويمين المدعى والمرأتان واليمين فلحقوق الأموال وما المقصود منه المال، وأما المال فمثل أن يشهدوا أن فلاناً أقرض^(٢) فلاناً مالاً أو أودعه أو أعاره أو غصبه وما أشبه ذلك، وما المقصود منه المال كالبيع والإيجارات والشفعة والرهن والقراض والمساقاة والصلح والكفالات وجنايات الخطأ والعمد التى لا قود فيها وما ضارح ذلك مما يكون المقصود منه المال فهذا كله يثبت بالشاهد والمرأتين وبالشاهد ويمين المدعى.

وأما الشاهد ونكول المدعى عليه يقبل فى كل موضع قبل فيه الشاهد واليمين والمرأتان واليمين، وقد اختلف فى قبوله فى الطلاق والعتاق فعنه فى ذلك روايتان، وكذلك فى نكول المدعى عليهم مع اللوث وقد بيناه فى موضعه، وأما الأحكام بالبدن المتعلقة بالمال مثل الشهادة على الوكالة بطلب المال وعلى إسناد^(٣) الوصية التى ليس فيها إلا المال فقد اختلف أصحابنا فيها فقال مالك وابن القاسم وابن وهب: يجوز فيها شاهد وامرأتان، وقال أشهب وعبد الملك: لا تقبل فيها إلا رجلان.

وأما المرأتان ونكول^(٤) المدعى عليه فإنه يقبل فى كل موضع يقبل فيه الشاهد واليمين وليس فى كل موضع يقبل فيه الشاهد^(٥) والنكول، وكذلك يمين المدعى مع النكول، وأما يمين المدعى مع قوة السبب فمثل يمين المشتري^(٦) فى الاختلاف فى ثمن

(١) ذكرها فى المدونة. انظر المدونة (٨٣/٤)، انظر الكافى لابن عبد البر (١٠٧١/٢).

(٢) ثبت فى (١) اقترض.

(٣) ثبت فى (ب) أشهاد.

(٤) قال الشيخ ابن عرفة الدسوقي: النكول امتناع من وجبت عليه أو له يمين منها. انظر شرح

حلود ابن عرفة للرصاص (٦١١/٢).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٦) ثبت فى (ب) المشترك.

المبيع بعد قبض السلعة لأن يمينه^(١) قد قوى بالقبض، فأما المرأتان بانفرادهما ففي حقوق الأبدان التي لا يطلع عليها الرجال غالباً كالولادة والاستهلال والرضاع وعيوب النساء وما أشبه ذلك.

وأما شهادة الصبيان واللوث واللقطة فقد ذكرناه وأما شهادة السماع ففي ما يتغير^(٢) ولا يزول وذلك مثل النسب والموت والولاء والحبس المتأبد وقيل في النكاح.

فأما كتاب القاضى فإنه يقبل في كل شىء من الحقوق والحدود ولا يثبت إلا بشاهدين إلا ما ذكرناه من الخلاف في كتابه بشهادة الزنا عنده، هذا جملة من القول في أقسام البينة والأحكام المشهود فيها ونحن نتكلم على تفصيلها.

فصل

فأما قولنا إن الحد في الزنا لا يثبت إلا بشهادة أربعة رجال فقد بيناه في كتاب الحدود وقد ذكرنا توجيه الخلاف فيما يتعلق به، وإنما منعنا أن لا يقبل في أحكام الأبدان التي يطلع عليها الرجال إلا شهادة رجلين خلافاً لأبى حنيفة أنه يقبل في جميعها شهادة النساء مع الرجال كالطلاق والرجعة والنكاح وغير ذلك إلا ما أوجب قتلاً أو حداً^(٣)، فلقوله تعالى في الطلاق والرجعة: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ﴾ [الطلاق: ٢] وهذا كناية عن ذكرين، واعتباراً بالقتل، وما يوجب الحد بعله أنه من حقوق الأبدان التي يطلع عليها الرجال وهذا علة تستمر في التعديل والتجريح وكل ما هو من بابه.

فصل

وإنما قلنا إن الشاهدين والشاهد والمرأتين يقبلان في المال أو ما يكون المقصود منه المال، لقوله جل ذكره: ﴿وَاسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ولا خلاف في ذلك^(٤).

(١) ثبت في (ب) سببه.

(٢) ثبت في (أ) ما لا يتغير.

(٣) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار (١٨٨/٢)، انظر الهداية للمرغيناني (١٣٠/٣).

(٤) قال ابن المنذر: وأجمعوا على أن شهادة النساء جائزة مع الرجال في الدين والأموال. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٤)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/١٢).

فصل

وإنما قلنا إن الشاهد واليمين يحكم به في المال وحقوقه خلافاً لأبي حنيفة في منعه الحكم به على كل وجه^(١)، لما روى أن رسول الله ﷺ: قضى باليمين مع الشاهد^(٢)، ولأن كل حجة يسقط بها المدعى عليه عن نفسه المطالبة جاز أن تكون في جنبه المدعى، أصله البيعة، ولأن الأصول موضوعة على أن اليمين تكون في جنبه أقوى المتداعيين سبباً لقوة سببه، وأن البيعة يطالب بها أضعفهما سبباً لضعف سببه ألا ترى أنها تجب بالابتداء على المنكر لقوة سببه على المدعى لأن الأصل براءة ذمته مما ادعى عليه، وإذا صح ذلك فسبب المدعى قد قوى بالشاهد فوجب أن يكون اليمين في جنبته.

فصل

وإنما قلنا إن ذلك في الأموال أو ما يتعلق بها دون حقوق الأبدان للإجماع على ذلك من كل قائل باليمين والشاهد وقصرهم إياها على هذا النوع^(٣)، ولأن حقوق الأموال أخفض رتبة من حقوق الأبدان بدلالة قبول النساء فيها، [وقد اختلف قوله في جراح العمد هل يجب القود فيها بالشاهد]^(٤) واليمين فعنه فيه روايتان: إحداهما أنه يجب به التخيير بين القود والدية ومن جنس عمدته^(٥) ما لا يجب فيه إلا مال بخلاف النفس،

(١) وذلك لأن أقسام الشهادة عند الأحناف تنقسم إلى ثلاثة أقسام: أربعة من الرجال في الزنا ورجلين في الحدود والقصاص والشهادة فيما لا يطلع عليه إلا النساء فتقبل فيه شهادة امرأة واحدة مسلمة عدلة واثنتان أحوط. والشهادة بغير الحدود والقصاص وما يطلع عليه الرجال وشرط فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين وليس في هذه الأقسام عندهم الشاهد واليمين. وهذا هو قول الشعبي والنخعي والأوزاعي. انظر الاختيار للموصلي (١٨٧/٢، ١٨٨)، انظر الاختيار للموصلي (١٤٧/٢)، انظر الفتاوى الهندية (٤٥١/٣)، انظر المغنى لموفق الدين (١٢/١٠).

(٢) أخرجه مسلم في الأفضية (١٣٣٧/٣) ح (١٧١٢/٣)، ومالك في الموطأ في الأفضية (٧٢١/٢) ح (٥)، قال ابن عبد البر: حديث مرسل.

(٣) وهو قول أكثر أهل العلم وروى ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلى رضي الله عنهم وهو قول الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز والحسن وشريح وإياس وعبد الله بن عتبة وأبي سلمة بن عبد الرحمن ويحيى بن يعمر وربيعة وابن أبي ليلى وأبي الزناد ومالك والشافعي وأحمد. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/١٠).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٥) ثبت في (١) ومن حبس عنده.

والأخرى أنه لا يجب لأنه من حقوق الأبدان وهو الصحيح.

فصل

وإنما قلنا إنه يقبل فى الأموال وحقوقها شهادة امرأتين ويمين المدعى خلافاً للشافعى^(١)، لأنهما قد أقيما فى الشرع مقام رجل واحد فى الشهادة على الأموال لقوله عز وجل: ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ [البقرة: ٢٨٢] فإذا جاز أن يحكم بشهادة الرجل مع اليمين جاز أن يحكم بشهادة امرأتين مع اليمين، ولأنهما إحدى شرطى شهادة المال كالشاهد الواحد، ولأنه سبب مؤثر فى الحكم قويت به حجة المدعى فجائز^(٢) أن يحلف معه، أصله الشاهد الواحد.

فصل

وإنما قلنا إنه يحكم بالشاهد الواحد ونكول المدعى عليه خلافاً للشافعى^(٣) لأن النكول سبب مؤثر فى الحكم فوجب إذا انضاف إلى الشاهد الواحد أن يحكم به، أصله يمين المدعى، ونبين تأثيره فى الحكم أنه إذا نكل المدعى [عليه انتقلت اليمين إلى جنة المدعى]^(٤) فحلف وكان نكوله كشاهد، ولأن الشاهد^(٥) أقوى من يمين المدعى بدليل أنه إنما يحتاج إلى اليمين مع عدم الشاهد وأن اليمين مختلف فى دخولها فى بينة المدعى والشاهد غير مختلف فيه، وأن الشاهد يدخل فى البينة فى جميع الحقوق [وأن اليمين]^(٦) مضاف إليه وهو لا يضاف إليها وإذا ثبت تأكيده على اليمين ثم كان النكول إذا اجتمع مع أضعف السببين^(٧) يحكم به كان إذا انضاف إلى الأقوى والأكند أولى.

(١) ذكره الإمام النووى وقال: ولا يقضى بشهادة امرأتين ويمين فى الأموال قطعاً. انظر روضة الطالبين (٢٧٨/١١)، ذكره الشيخ زكريا الانصارى فى المنهج. انظر حاشية الجمل على المنهج (٣٩٣/٥).

(٢) ثبت فى (ب) فجاز.

(٣) انظر روضة الطالبين (٢٧٨/١١)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٣٩٣/٥).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) ثبت فى (أ) لشهادة.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٧) ثبت فى (ب) البيتين.

فصل

وجه القول فى الوكالة بالمال إنها تثبت بشهادة رجل وامرأتين أنها شهادة على مقصود به المال كالشهادة على البيع والإجارة، ووجه منع قبولها أن الوكالة فعل بدن ليست بمال قال عبد الملك: لأن الشاهد واليمين لا يقبل فيهما فكذلك الرجل والمرأتان لأن أحدهما لا يقبل إلا حيث يقبل الآخر.

فصل

وإنما قلنا يحكم بشهادة امرأتين مع النكول لأنها أحد شرطى شهادة المال كالشاهد الواحد.

فصل

وإنما قلنا إنه يحكم يمين المدعى ونكول المدعى عليه فى الأموال وما يتعلق بها لأنهما سببان مؤثران فى تنفيذ الحكم فإذا اجتمعا وجب الحكم بهما كالشاهد واليمين وذلك أن النكول مؤثر فى وجوب الحكم به إذا انضم إليه شاهد وامرأتان وكذلك كون اليمين فى جنة المدعى.

فصل

ولا يحكم بمجرد النكول دون أن ترد اليمين على المدعى فيما ترد فيه فإذا حلف حكم له على المدعى عليه، وقال أبو حنيفة إذا نكل المدعى عليه عن اليمين كررت عليه ثلاث فإن حلف وإلا حكم عليه بنفس نكوله ولا ترد اليمين على المدعى هذا إذا كانت الدعوى فى المال^(١).

واتفقوا على أنه لا يحكم بالنكول فى قتل العمد وجراحه، ثم اختلفوا فى حكمه فعند أبى حنيفة أنه يجبس إلى أن يحلف أو يعترف، وعند أبى يوسف يحكم عليه بالدية^(٢) فالكلام معهم فى موضعين: أحدهما: هل يحكم بالنكول بمجرد أم لا،

(١) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار للموصلى (١٤٧/٢)، انظر الهداية للمرغينانى (١٧٥/٣).

(٢) ذكره الشيخ الموصلى. وقال محمد مثل قول أبى يوسف. انظر الهداية للمرغينانى (١٧٧/٣)، انظر الاختيار للموصلى (١٥٠/٢).

والآخر هل يلزم رد اليمين على المدعى أم لا .

فدليلنا على أنه لا يحكم بمجرد النكول اتفاقنا على أنه لا يحكم به فى دعوى دم العمد فكذلك فى سائر الحقوق بعله أنه نكول عن اليمين توجهت على المدعى عليه ولأنه نكول لا يحكم به دم العمد فلذلك فى غيره، أصله الأول والثانى ولأن البينة حجة للمدعى فى إثبات ما يدعيه واليمين حجة للمنكر فيما ينفيه وقد ثبت أن المدعى لو قعد عن إقامة البينة لم يسقط حقه ولم يحكم عليه بضد ما ادعاه فكذلك المدعى عليه إذا قعد عن اليمين لأن المدعى عليه لو أمسك عن جواب المدعى أو قال لا اعترف ولا أنكر ولا أحلف لم يلزمه فهذا حكم وهو نكول على الأمرين عن الاعتراف وعن اليمين فكان بنكوله عن اليمين وحدها أولى .

ودليلنا على وجوب اليمين مع النكول قوله ﷺ فى القسامة «أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم؟ قالوا لم نحضر قال: فتبرأ لكم اليهود بخمسين يميناً»^(١) وهذا رد اليمين، ولأن ذلك إجماع لأنه مروى عن عمر^(٢) وعثمان وعلى^(٣) وأبى بن كعب رضوان الله عليهم ولا مخالف لهم ولأن الأصول موضوعة على أنه لا يحكم للمدعى على سبب واحد وإنما يحكم بسببين كالشاهدين، أو كشاهد ويمين، أو كشاهد وامرأتين، أو شاهد ونكول، فأما النكول وحده فإنه سبب واحد فلا بد أن ينضاف إليه غيره فإذا ثبت ذلك فليس إلا يمين المدعى، ولأن اليمين فى الدعوى يتوجه على أقوى المتداعيين سبباً ولذلك وجبت فى الأصل على المنكر وانتقلت إلى المدعى إذا كان له شاهد، وإذا^(٤) ثبت ذلك فالمدعى فى هذا الموضع أقوى سبباً من المنكر لأن ذلك قد أضعف جنبته^(٥) بنكول فانتقلت اليمين إلى جنبه المدعى .

فصل

وأما اليمين مع قوة السبب فقد بيناه فيما تقدم من اختلاف الزوجين فى قبض الصداق ومقداره و المتبايعين فى مقدار الثمن والعرف فى التداعى، ووجه ذلك أن

(١) تقدم تخريجه .

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى فى الشهادات (٣٠٩/١٠) ح (٢٠٧٣٨) .

(٣) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٣١١/١٠) ح (٢٠٧٤١) .

(٤) ثبت فى (١) وإنما .

(٥) ثبت فى (ب) سبب نفسه .

العرف أصل يقوى به سبب المدعى فإذا كان كذلك انتقلت اليمين إلى جهته كما لو كان معه شاهد ألا ترى أن العرف يرجع إليه ويحكم به إذا لم يكن هناك غيره مثل الخلاف إذا وقع فى النقد والسير والحمولة وغيرها.

فصل

وإنما قلنا إن شهادة النساء مقبولة فيما لا يطلع عليه الرجال غالباً من أحكام الأبدان فى الجملة بانفرادهن^(١) مثل عيوب النساء والولادة وما فى معنى ذلك لأن الشهادة رتب فى الشرع على حسب الأشياء المشهود بها وتأكيدها وضعفها وإمكان التوصل إلى إثباتها: فجعل فى الزنا أربعة رجال لأنه غلط فيه فجعل التغليظ من وجهين: أحدهما الجنس، والآخر العدد، وجعل فى القتل وغيره من حقوق الأبدان شاهدان رجلان فغلظ فيه من وجهة الجنس فقط لأنه لم يطلب فيه من الستر ما طلب فى الزنا، وجعل فيه القسامة مع اللوث لتأكد أمره لثلاث يجترئ الناس على الدماء.

وجعل فى الأموال شهادة النساء مع الرجال لأنها أحفظ حرمة من الأبدان ودعت الضرورة فى هذا الموضع أعنى الولادة وما تعلق بها إلى قبول شهادتهن منفردات كما دعت إلى قبول شهادة الصبيان فيما بينهم فى الجراح لأنها لو لم تقبلها لأدى ذلك إلى إضاعة دمائهم كذلك فى هذا الموضع لو لم تقبل شهادة النساء فى الولادة وما يجرى مجراها لأدى ذلك إلى أحد أمرين ممنوعين: إما إلى إضاعة الحقوق المتعلقة بها أو إلى أن يحضر الرجال هذه المواضع ويطلعوا على عورات النساء وذلك باطل فلم يبق إلا قبولها.

جملة ما تقبل فيه شهادة النساء منفردات ما ذكرناه من عيوب النساء التى لا يطلع عليها سواهن من الولادة والاستهلال والرضاع وما أشبه ذلك، ولا خلاف فى هذا إلا فى الرضاع فعندنا أنهم يقبلن فيه بانفرادهن عن الرجال، وقال أبو حنيفة^(٢) لا يقبلن فيه على انفرادهن^(٣)، ودليلنا أنه لا يحضره الرجال فى الغالب فجاز أن يقبلن فيه منفردات كالولادة والاستهلال، ولأنها شهادة على عورة، لشهادة النساء مدخل فيه كالولادة.

(١) انظر المدونة (٨١/٤)، انظر الكافى لابن عبد البر (٩٠٧، ٩٠٦/٢)، انظر التمر الدانى (ص

٦٠٨)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٨٨/٤).

(٢) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (٢٤٦/١)، انظر بدائع الصنائع للكامسنى (١٤/٤).

(٣) ثبت فى (ب) على الانفراد.

فصل

إذا ثبت أنه لا يحتاج في ذلك إلى شهادة الرجال فعنه في شيء ينضم إلى شهادتهن روايتان: إحداهما أنه لا يكفي في ذلك إلا أن يفشى^(١) ذلك عند الجيران أو يظهر وينشر، والأخرى أن شهادتهن مقبولة وإن لم يفشى^(٢).

فوجه الأولى أن الرضاع وإن كان مما يفرد به النساء فيتعلق به أحكام شرعية ولا يكاد يخفى أمره غالبًا بل يظهر ويتنشر ويفشو أمره ولا يكتم^(٣) فإذا شهد به ولم يكن شيء مما ذكرناه ضعفت الشهادة ودخلها التهمة.

وجه الثانية اعتباره بسائر العورات اللاتي يقبلن فيها وهذه أصح^(٤).

فصل

وإنما قلنا إن العدد الذي يكفي منهن اثنتان خلافًا للشافعي في قوله أربع^(٥) ولغيره في قوله ثلاث^(٦) لأن كل جنس قبلت منه شهادة في شيء على انفراد [كفي منه شخصان، أصله الرجال]^(٧)، وإنما قلنا لا تكفي امرأة واحدة خلافًا لأبي حنيفة في قوله إذا كن ما بين السرة والركبة قبل فيه امرأة واحدة^(٨)، لأنها شهادة في حق فلم يثبت بشهادة شخص واحد، أصله سائر الحقوق لأن شهادة الرجل أكد وأقوى من شهادة النساء فإذا لم تقبل شهادة من رجل واحد فشهادة امرأة واحدة أولى.

(١) ثبت في الأصل (يفشى) والصواب ما أثبتناه.

(٢) ثبت في الأصل (يفشى) والصواب ما أثبتناه.

(٣) ثبت في (ب) ولا يتكلم.

(٤) ثبت في (ب، هـ) وهذا أوضح.

(٥) ذكره الإمام النووي. انظر روضة الطالبين (٢٥٤/١١)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٣٩٢/٥).

وهو قول عطاء والشعبي وقتادة وأبي ثور. انظر المغنى لموفق الدين (١٧/١٢).

(٦) وهو قول عثمان البتي. انظر المغنى لموفق الدين (١٧/١٢).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٨) انظر الاختيار للموصلى (١٨٨/٢)، انظر الهذابة (١٣٠/٣).

فصل

وإنما تقبل فى الاستهلال خلافاً لمن منع ذلك^(١) اعتباراً بالولادة والرضاع لأنه لا يطلع عليه الرجال فى غالب الحال.

فصل

وإنما قلنا إن الشهادة على السماع^(٢) تقبل فيما لا يتغير حاله ولا يتقل الملك فيه لأن الضرورة تدعو إلى قبولها وإلا تلف الحق المشهود به لأن البيئة لا تبقى على مر السنين وتطول الأوقات وكان ثبوت الحق المشهود به مما يؤمن تغييره وزواله كالولاء الذى لا يصح نقله عن الملك بل يبقى ميراثاً وكالموت والنسب والوقف المحرم وما أشبه ذلك فجازت فيه شهادة السماع.

وصفتها: أن يشهد شاهدان إنا لم نزل نسمع أن فلان ابن فلان على مر السنين وتطول الأوقات وليس للعدد^(٣) الذى يسمع منه الشهود حد محصور أكثر من ثلج النفس وثقتها إلى خبرهم فهى فى معنى الخبر فى المتواتر، ووجه قوله فى النكاح إنها تقبل فيه: أنه أمر ثابت لا يتغير إذا مات أحد الزوجين فأشبه الولاء والوقف، ووجه قوله إنه لا تقبل فيه: أن أصله غير^(٤) مستقر بدليل جواز التنقل فيه فكان كالشهادة على الأملاك أنها تثبت بالسماع.

فصل

وإنما قلنا إن كتاب القاضى إلى القاضى يقبل وإنه يلزم المكتوب إليه تنفيذ ما فيه للضرورة إلى ذلك لأنه لو لم يقبل لأدى إلى تلف الحق المشهود به لأن البيئة التى للمدعى قد تكون بغير البلد الذى يحتاج إلى إقامتها به فلا يجوز تكليفهم السفر إليه ليشهدوا به وقد لا يكون هناك من يعرفهم بالعدالة فلم يبق إلا شهادتهم فى الموضع

(١) منع ذلك أبو حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: تقبل شهادتهم فى الاستهلال. انظر الاختيار للموصلى (١٨٩/٢)، انظر المغنى لموفق الدين (١٦/١٢).

(٢) قال الشيخ ابن عرفة الدسوقي: شهادة السماع: لقب لما يصرح الشاهد فيه باستناد شهادته لسماع من غير معين. انظر شرح حدود ابن عرفة للرضاع (٥٩٣/٢).

(٣) ثبت فى (ب) للقدر.

(٤) غير: سقطت من (ب).

الذى هم به وكتاب الحاكم الذى يشهدون عنده إلى الحاكم الذى يحتاج إليه فى إقامة الشهادة عنده بما ثبت عنده من الحق بشهادتهم وعلى ذلك مضى أمر السلف.

ولما قلنا إنه لا يثبت إلا بشاهدين دون طابع القاضى لأنه سبب يجب به تنفيذ الحكم فوجب أن لا يكون إلا بشاهدين، أصله إقرار المدعى عليه، ووجه قوله فى الزنا إنه يثبت الكتابة بشاهدين: أن الشهادة بالكتاب^(١) غير الشهادة بالزنا فإذا ثبت الكتاب بشاهدين فالحد يقام بشهادة الأربعة الذين شهدوا عند الحاكم الأول، ووجه القول بأنه لا بد من أربعة أن الحد يقام بكتاب الحاكم وما يقام به الحد من الشهادة لا يكون إلا بأربعة، أصله الشهادة المباشرة.

فصل

اختلف قول مالك فىمن دفع إلى شهود كتاباً مطوياً وقال اشهدوا على ما فيه هل يصلح تحملهم الشهادة أم لا؟ وكذلك الحاكم إذا كتب كتاباً إلى حاكم وختمه وأشهد الشهود بأنه كتابه ولم يقرأ عليهم فعنه فى ذلك روايتان^(٢): إحداهما أن الشهادة جائزة وإن لم يقرأ الكتاب والأخرى أنهم لا يشهدون به إلا أن يقرءوه وقت تحمل الشهادة، فوجه الجواز أنه أشهدهم على إقراره بما فى الكتاب، عرفوه فصح تحملهم الشهادة، أصله إذا قرأه عليهم، ولأن عمال النبى ﷺ كانت ترد عليهم كتبه فيعملون بما فيها من غير أن يقرءوها. واستدل القاضى إسماعيل بن إسحاق بدليل أن النبى ﷺ دفع كتاباً إلى عبد الله بن جحش وأمره أن يسير ليلتين ثم يقرأ الكتاب فيتبع ما فيه، ولأن الإنسان قد يكره أن يعلم غيره ما أقر به^(٣) ويجب طى ذلك وإخفاءه فلو لم تجز الشهادة عليه إلا إذا أظهره ونشره للحق فى ذلك ضرر ومشقة، ووجه المنع قوله تعالى: ﴿وما شهدنا إلا بما علمنا﴾ [يوسف: ٨١] وإذا لم يقرءوا الكتابة لم يعلموا ما يشهدون به فلم تجز شهادتهم، ولقوله ﷺ: «إن رأيت مثل الشمس فاشهد»^(٤) ولأن الخط قد يعمل عليه ويزور فلا يؤمن ذلك فى الكتاب المطوى فإذا قرأه وعرف ما فيه أمنا الحيلة فيه.

(١) ثبت فى (١) بالكتابة.

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩٥٦).

(٣) ثبت فى (ب) ما أمر به.

(٤) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٠/٢٦٣) ح (٢٠٥٧٩)، والحاكم فى المستدرک (٤/٩٨)، وأبو نعيم فى الحلية (٤/١٨)، وذكره الحافظ ابن حجر وقال: فى إسناده محمد بن سليمان بن مسمول، وهو ضعيف. انظر تلخيص الحبير (٤/٢١٨) ح (١).

باب

شهادة الأعمى جائزة في كل ما وقع له العلم به، وإنما يمنع فيما طريقه الرؤية فقط فيقبل على ما يلمسه أنه حار أو بارد أو لين أو خشن وفيما يذوقه أنه حلو أو حامض وفيما يشمه وكذلك فيما يسمعه، والدليل على ذلك أن السمع لا يؤثر في العلم بما يشهد من ذلك فكان فقد البصر كفقده غيره من الأعضاء في أنه لا يمنع قبول ما يتحملّه من الشهادة به، فأما شهادته بالإقرار وما طريقه الصوت فيقبل عندنا سواء تحملها أعمى أو بصير ثم عمى خلافاً لأبي حنيفة^(١) والشافعي في قولهما أنها لا تقبل إذا تحملها أعمى^(٢)، لأن الصوت طريق لمعرفة الأشخاص والتمييز بين الأعيان شرعاً وعادة: أما الشرع فدلّل مالك رحمه الله أن الصحابة والتابعين رووا عن أزواج النبي ﷺ ومعلوم أنهم سمعوا منهم من وراء حجاب وإنما كانوا يميزون بين أشخاصهن بالصوت، وقوله ﷺ: «لا يمنعكم من سحوركم أذان بلال فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم»^(٣)، ولم يكونوا يفرقوا بينهما إلا بالصوت، ولأن الإقدام على الفروج أغلظ من الشهادة عليه بالحقوق وقد ثبت أن الأعمى يطاء زوجته وهو لا يعرفها إلا بالصوت فدلّل^(٤) ذلك إجماع على أن الصوت طريق يميز به بين الأشخاص.

وأما العادة^(٥) فهي أن الأعمى إذا تكرر عليه سماع صوت زوجته وولده وصديقه وطال

(١) ذكره الشيخ الموصلي، وقال: قال أبو حنيفة: لا تقبل وقال وفر: تقبل فيما يجرى فيه التسماع لأنه يسمع، وقال الشيخ المرغيناني: وهو رواية عن أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: إن كان بصيراً وقت التحمل تقبل لوجود العلم بالنظر. انظر الاختيار للموصلي (١٩٦/٢)، انظر الهداية للمرغيناني (١٣٥/٣).

(٢) قال الإمام النووي لا يجوز أن يتحمل الأعمى اعتماداً على الصوت. انظر روضة الطالبين (٢٦٤/١١). قال الشيخ الخطيب الشربيني: ولا يقبل شهادة أعمى إلا أن يقر في أذنه فيتعلق به حتى يشهد عند قاض به على الصحيح. والثاني: المنع حسماً للباب، انظر مغنى المحتاج (٤٤٦/٤)، وقال الإمام النووي: في قبول شهادة الأعمى فيما يشهد فيه بالاستفاضة وجهان. قال ابن سريج والجمهور: تقبل إلا أن شهادته إنما تقبل إذا لم يحتج إلى تعيين وإشارة. انظر روضة الطالبين (٢٧١/١١).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ما أثبتناه من (أ) وهو مناسب وفي باقي النسخ (قدل).

(٥) العادة: سقطت من (ب).

اجتماعه معه وكثير ألفه له وطروقه لسمعه وقع له العلم بذلك وبعده شبهه^(١) بغيره وميز بين أشخاصهم لسماعه وصار ذلك له طريقاً مستمراً لا يخالجه^(٢) فيه شك ولا ريب، وإن جار أن يخفى عليه إذا غير صوته في بعض الأوقات فلمنه إذا تبينه زال عنه الشك فحكمه في هذا حكم البصير إذا رأى الشخص في الظلمة وأنه إذا تبينه وتأمله عرفه، وكذلك لو رأى من بعده عهده به أو من كان بعده أمرداً والتحق فإنه يشبهه عليه اشتباهاً إذا حقق التأمل زال عنه، وإذا ثبت ذلك صح أن الصوت طريق يميز به بين الأشخاص فقبلت شهادة الأعمى معه.

فصل

شهادة الأخرس جائزة إذا فهمت إشارته خلافاً لأبى حنيفة^(٣) والشافعي^(٤) لأن الشهادة علم يؤديه الشاهد إلى الحاكم فإذا فهم منه بطريق يفهم من مثله قبلت كالناطق إذا أداها بالصوت، ولأنها معنى يحتاج إلى النطق ليقع الفهم به فإذا تعذر النطق به جار أن تقوم الإشارة مقامه إذا وقع الفهم بها، أصله الإقرار والطلاق.

الشهادة على الشهادة جائزة وهو قول كافة الفقهاء^(٥) إلا من حكى عنه^(٦) منعها^(٧)، لأن علياً رضي الله عنه أجارها^(٨) ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ولا خالفه، ولأن الشهادة طريقها الأمانة كالأنخبار فإذا جار النقل في أحدهما فكذلك في الآخر، ولأن شهادة العدل على شهادة نفسه معنى يسوغ للحاكم الحكم به فجار أن يشهد به عنده ويحكم به إذا شهد عنده الإقرار.

(١) ثبت في (أ) تنبيهه وفي (هـ) تشبيهه.

(٢) ثبت في (أ) لا يخالطه.

(٣) ذكره الشيخ الكاساني، انظر بدائع الصنائع (٦/٢٦٨)، انظر الفتاوى الهندية (٣/٤٦٤).

(٤) قال الإمام النووي: شهادة الأخرس إن لم يعقل الإشارة مردودة وكذا إن عقلها على الأصح عند الأكثرين. انظر روضة الطالبين (١١/٢٤٥)، انظر المهذب للشيرازي (٢/٣٢٤).

(٥) قال ابن قدامة في المغني: الشهادة على الشهادة جائزة بإجماع العلماء وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي قال أبو عبيد: أجمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق على إمضاء الشهادة على الشهادة في الأموال ولأن الحاجة داعية إليه. انظر المغني لموفق الدين (١٢/٨٦)، انظر البحر الزخار للشيخ المرتضى (٦/٣٩).

(٦) ثبت في (أ) عنهم.

(٧) ذكره الشيخ المرتضى. انظر البحر الزخار (٦/٣٩).

(٨) ذكره الحافظ الزيلعي وعزاه إلى عبد الرزاق في مصنفه، انظر نصب الراية (٤/٨٧).

فصل

وتجوز فى الحقوق والحدود كلها خلافاً لأبى حنيفة فى قوله إنها لا تجوز فى القتل ولا فى الحدود^(١) ولأنه حق مشهود به فجاز أن تسمع فيه الشهادة على الشهادة كسائر الحقوق.

فصل

إذا شهد اثنان على شهادة اثنين فإن شهد كل واحد منهما على شهادة كل واحد من الشاهدى الأصل قبلت^(٢) الشهادة، وإن شهد واحد على شهادة واحد وآخر لم تقبل لأن شهادة كل واحد معنى يثبت عند الحاكم فلا يثبت بأقل من اثنين، وقد ذكرنا الخلاف فى نقل الشهادة على الشهادة فى الزنا وفى كتاب القاضى إلى القاضى بالزنا^(٣).

فصل

ويكفى أن يشهد اثنان على اثنين، وقال عبد الملك: ولا يجوز إلا أن يشهد على الآخر اثنان سوى الاثنين الذين شهدا^(٤) على الأول وهو أحد قولى الشافعى^(٥)، وإنما قلنا ذلك لأن شهود الفرع نقلوا^(٦) عن شهود الأصل والحق يثبت بشهود الأصل فصار الشاهدان كأنهما يشهدان بحقين فلم يحتج إلى غيرهما.

فصل

إذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد أن شهدوا وقبل حكم الحاكم، قبل رجوعهم ولم يحكم بتلك الشهادة فى كل شيء شهدوا به وكذلك إن رجع بعضهم خلافاً لمن قال: إنه (١) ذكره الشيخ المرغينانى، انظر الهداية (٣/١٤٤)، انظر الاختيار للموصلى (٢/٢٠٢). وهذا القول يقول به أحمد بن حنبل وهو قول النخعى والشعبى. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/٨٧).

(٢) ثبت فى (ب) ثبت.

(٣) بالزنا. سقطت من (ب).

(٤) ثبت فى (أ) شهدوا.

(٥) ذكره الإمام النووى. وقال: وهو قول البغوى والسرخسى والقول الثانى وهو الأظهر: أنه يقبل وهو الذى رجحه العراقيون والإمام الغزالى والرويانى، انظر روضة الطالبين (١١/٢٩٣)، وقال الشيخ الشربى الخطيب: هذا القول صححه جمع. انظر مغنى المحتاج (٤/٤٥٥).

(٦) ثبت فى (ب) نقله.

يحكم ولا يلتفت إلى رجوعهم^(١) لأن الحكم إنما يكون بشهادة يثبت عليها وزجوعهم عنها يجعلهم بمنزلة من لم يشهد فيصير الحكم للشانى من قوليهما دون المرجوع عنه كالحاكم إذا اجتهد ثم بان له الخطأ قبل تنفيذ الحكم.

فصل

فإن رجعوا بعد استيفاء الحكم لم ينتقض برجوعهم ثم لا يخلو المشهود به أن يكون مالا أو طلاقاً أو قتلاً أو حداً، ولا يخلو رجوعهم أن يكون إخباراً عن غلط أو تعمد كذب^(٢) فمن شهد بمال فلما حكم به قال غلطنا فى الشهادة لم ينتقض الحكم ولم يرجع على من أخذ المال ويغرمانه للمشهود عليه، وإن رجع أحدهما غرم نصف الحق وقال عبد الملك فى الغلط لا يرجع عليهما بشيء.

وإن قالوا تعمدنا الكذب رجع عليهما بغير خلاف وكذلك لو رجع أحدهما بإكذاب نفسه غرم نصف المال، فإن شهدا بقتل أو قطع ثم رجع أحدهما أو كلاهما بعد الآخر غرما الدية إن كان غلط وإن كان عن عمد يقتص^(٣) منهما [ويغرمان الدية أيضاً هذا قول ابن القاسم، وقال أشهب يقتص منهما]^(٤) فى العمد وإن رجع أحدهما فعلى الخلاف الذى ذكرناه.

وإن شهدا بطلاق ثم رجعا لم يغرمما للزوج الصداق، فإن شهدا أنه تزوج امرأة وطلقها قبل الدخول فاغترمه الحاكم نصف الصداق ثم رجعا غرما النصف الذى غرمه، ولو شهدا على دخوله بزوجه عنده وهو مقر بالنكاح^(٥) منكر للدخول ثم رجعا عن شهادتهما غرما نصف الصداق، ولو شهدا أنه أعتق عبداً له ثم رجعا عن شهادتهما^(٦) غرما قيمته، ولو كانت الشهادة بتنجز^(٧) عتق مكاتب غرما قيمة كتابته أو ما بقى منها فإن شهدا بإعتاق أم ولد فلا غرم عليهما.

(١) قال الشيخ موفق الدين بن قدامة: وحكى عن أبى ثور أنه شذ عن أهل العلم وقال: يحكم بها. انظر المغنى لموفق الدين (١٣٧/١٢)، انظر البحر الزخار للمرتضى (٤٤/٦).

(٢) كذب: سقطت من (ب).

(٣) ثبت فى (هـ) لا يقتص.

(٤) ما بين المعكوفين محقق من (ب).

(٥) ثبت فى (ب) بالطلاق.

(٦) شهادتهما: سقطت من (ب).

(٧) بتنجز: سقطت من (ب).

فصل

وإنما قلنا إن رجوعهم بعد استيفائهم^(١) الحق لا ينقض به الحكم خلافاً لمن حكى عنه ذلك^(٢) لأن رجوعهم إن كان إكذاباً لهم لأنفسهم فذلك تفسيق منهم لأنفسهم والحكم لا ينقض بقول فاسق وإن كان عن غلط فيجوز أن يكونوا غلطوا في الثاني فلا يقبل قولهم وقد تعلق بالأول حق للمشهود له فلم يجز إبطاله بدعواهم.

فصل

وإنما قلنا إنهم يغرمون ما أغرم المشهود عليه من المال خلافاً لعبد الملك في منعه ذلك بالغلط^(٣) لأنهم في العمد مقرون بإتلاف مال غيرهم لأنهم اضطروا الحاكم إلى أن أغرمه ما شهدوا به فلزمهم غرمه، وقلنا ذلك في الغلط لأنهم بإتلافهم كالعمد، وقلنا في رجوع أحدهما أنه يغرم النصف لأن الإتلاف لم يكن به وحده ولزم قدر ما أتلّف بشهادته كالمشتركين في قتل خطأ يلزم كالواحد منهم من الدية بقسطه وكذلك المخطئ مع العامد يلزم المخطئ نصف الدية.

فصل

وإنما قلنا في الرجوع عن الشهادة بقتل أو قطع أنه إن كان ذلك بغلط غرما الدية لما قدمناه، لا يقتصر منهما لأن القصاص لا يكون إلا في العمد المحض.

ووجه القول إنه لا يقتصر منهما في العمد: أن شهادتهما سبب لا مباشرة فلا يجب بها القود، ولأنه غير ملجئ لأن الحاكم قد كان يمكنه أن ينزع^(٤) فلا يحكم.

ووجه إيجاب القود ما روى عن علي رضوان الله عليه أنه جاءه شاهدان فقالا: نشهد أن هذا سرق فقطعه ثم جاءه بآخر فقالا أوهمنا هو هذا فرد قولهما الثاني، وقال: لو

(١) ثبت في (ب) بعد استيفاء.

(٢) وهو قول الإمام أحمد بن حنبل وهو قول الشيعة الزيدية. انظر المغنى لموفق الدين (١٣٨/١٢)، انظر البحر الزخار للمرتضى (٤٥/٦).

(٣) ذكره الشيخ ابن عبد البر في الكافي قولاً ولم يعزوه إلى عبد الملك. انظر الكافي لابن عبد البر (٩١٨/٢).

(٤) ثبت في (ا) أن يقول.

أعلمكما تعمدتما لقطعكما^(١)، ولم يحفظ خلاف عليه ولأن الشهود إذا كان ظاهرهم العدالة وأدوا الشهادة إلى الحاكم لزمه الحكم بشهادتهم في حقوق الله ولمن^(٢) يطلبه إذا ثبت له من الأدمين فقد صار ملجأً بشهادتهما فكان الشاهد^(٣) كالمكره لغيره على القتل ويلزمه القود ولا يجب على هذا أن يكون على الحاكم القود كالمكره لأن القاتل مكرهاً مباشر بما لم يكن له أن يباشره، والحاكم لم يباشِر قتلاً محرماً وإنما باشر أمراً أوجبه الشريعة فافترقا.

وإنما قلنا إنهما إذا شهدا بطلاق قبل الدخول أو بعده ثم رجعا فلا غرم عليهما خلافاً للشافعي في قوله يرجع عليهما بمهر المثل أو بكمال المهر^(٤) لأن بالدخول قد استحق عليه المهر كاملاً وبالعقد نصفه وإن كان لم يدخل لم يتلغا على الزوج شيئاً بشهادتهما فلا يلزمهما غرم.

فصل

وإنما قلنا إنهما إذا شهدا بالزوجية وبالطلاق قبل الدخول ثم رجعا فإنهما يغرمان نصف المهر لأنهما قد أتلغاه عليه بشهادتهما فلزمهما غرمه اعتباراً بشهادة المبتدأة بالمال ويفارق الأول لأن المهر كان مستحقاً عليه بالعقد الثابت.

فصل

وإنما قلنا إنهما إذا شهدا بدخوله بزوجة يقر بنكاحها ثم رجعا فإنهما يغرمان نصف الصداق فلأن ذلك القدر هو الذي أتلغاه بشهادتهما لأن النصف مستحق عليه بالعقد فلم يتلغاه عليه لما قدمناه، والثاني لا يستحق إلا بالدخول والدخول لم يثبت إلا بقولهما فإذا رجعا عن الشهادة فقد اعترفا أنهما أتلغاه عليه فيلزمهما غرمه.

فصل

وإنما قلنا إنهما إذا شهدا عليه بعق عبده ثم رجعا أنهما يغرمان قيمته لأنهما أتلغاه عليه فيلزمهما غرم قيمته كما لو شهدا عليه بمال لرجل، وقلنا في المكاتب يغرمان الكتابة

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٤٢٤/١٠) ح (٢١١٩٢).

(٢) ثبت في (١) ولما.

(٣) ثبت في (ب) المشهود.

(٤) ذكرهما الإمام النووي، انظر روضة الطالبين (٣٠٠/١١)، انظر مغنى المحتاج (٤٥٨/٤).

لأنها المتلفة دون الرقبة، وقتلنا في أم الولد لا يغرمان لأنهما لم يتلفا بشهادتهما إلا الاستمتاع ولا قيمة لذلك.

فصل

إذا حكم الحاكم بشهادة شهود ثم قامت بعد الحكم بينة بفسقهم فلا ضمان عليه فيما أتلّف بشهادتهم ولو قامت بينة برقمهم أو كفرهم ضمن، والفرق أن العدالة والفسق طريقهما الاجتهاد وإذا انفرد الحاكم^(١) باجتهاد لم ينقض باجتهاد مثله^(٢)، وليس كذلك الحكم بشهادة العبيد والكفار لأن ذلك لا اجتهاد فيه إذ لا يخفى الكفر والرق لأنهما خلافه أمر ظاهر فالحاكم مع ذلك مقصر في اختبار^(٣) حال الشهود فضمن الحاكم بتفريطه.

(١) ثبت في (ب) وإذا نفذ الحكم.

(٢) ذكره في الكافي. انظر الكافي لابن عبد البر (٩٥٩/٢).

(٣) ثبت في (ب) تقصير اختيار وفي (ق) اجتهاد.

باب

إذا تداعى^(١) رجلان شيئاً فالتقسيم يرجع إلى ثلاثة أشياء: أحدها إلى اليد، والثانى إلى البيئة، والثالث إلى صفة الدعوى، فأما حكم اليد فينظر فإن كانت الدعوى متساوية مثل أن يدعى كل واحد جميعه فإن لم يكن فى أيديهما وكان فى يد من لا يدعيه لنفسه لم يحكم لأحدهما إلا ببيئة فإن أقام أحدهما بيئة حكم له به، وإن أقام الآخر بيئة نظر إلى أعدل البيتين فحكم به فإن تساويا [فى العدالة]^(٢) عرضت اليمين عليهما فإن نكل أحدهما حكم للحالف وإن حلفا قسم بينهما وإن نكلا تركا على ما كانا عليه، وإن كان ذلك الشيء فى أيديهما فالحكم فيه مثل ما لو لم يكن فى أيديهما سواء.

وإن كان فى يد أحدهما فهو أولى به من المدعى الذى لا يد معه فيحكم له به مع اليمين، فإن نكل حلف المدعى وحكم له به وإن نكل أقر على^(٣) يد من هو فى يده فإن أقام المدعى بيئة فالبيئة أولى من اليد.

وإن أقام صاحب اليد بيئة حكم بأعدل البيتين فإن تساويا سقطتا وكان صاحب اليد أولى، وسواء كانت الدعوى فى ملك مطلق غير مضاف إلى سبب [أو فى مضاف إلى سبب]^(٤) يتكرر أو لا يتكرر فالمطلق أن يقيم بيئة بأن [هذا العبد ملكه وأن]^(٥) هذا الشيء له هكذا مطلقاً، وغير المطلق هو المضاف إلى سبب وهو أن يبين سبب الملك مثل أن يقيم بيئة بأن هذا العبد ملكه ولد فى ملكه وأن هذه الدابة نتجت فى ملكه وأن هذا الثوب ملكه^(٦) نسج فى ملكه، ثم هذا السبب على ضربين متكرر يمكن أن يتكرر فى الملك مثل الغراس إذا قال كل واحد منهما غرسته فى ملكى فهذا يمكن أن يتكرر بأن يغرس دفعتين وكذلك نسج الثوب الخز على ما يقوله أهل صنعته يمكن أن ينسج دفعتين، ومنه ما لا يمكن تكراره كالولادة والتاج ونسج الثوب القطن.

(١) ثبت فى (١) إذا تداعيا.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٣) ثبت فى (١) عليه.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٦) ملكه: سقط من (ب).

وأما التقسيم على البينة فهو أن يقال إذا تداعى رجلان شيئاً فلا يخلو أن يكون مع كل واحد بينة أو لا بينة أو مع أحدهما أو أن تكون البينة مع أحدهما ولا بينة مع الآخر فإن أقام كل واحد منهما بينة نظر إلى أعدلهما فحكم به، وإن تساوىا عرضت الأيمان عليهما فإن حلفا حكم به لصاحب اليد [منهما أو قسم بينهما إن لم يكن يداً وكان في أيديهما، وإن لم تكن مع أحد منهما بينة عرضت الأيمان عليهما فإن حلفا قسم بينهما وإن كان مع أحد منهما يد كان لصاحب اليد]، وإن كان مع أحدهما بينة ولا بينة مع الآخر حكم به لصاحب البينة سواء كان صاحب اليد أو الخارج إلا أن صاحب اليد لا يكلف بينة ابتداء لأن اليد مغنية عنها.

وأما التقسيم^(١) على صفة الدعوة لا يخلو أن تكون الدعوى متساوية أو مختلفة^(٢): فإن كانت متساوية فالحكم على ما ذكرنا، وإن كانت مختلفة مثل ثوب أو كيس^(٣) يدعى أحدهما جميعه ويدعى الآخر نصفه، أو يكون بين ثلاثة يدعى أحدهم كله والآخر نصفه ويدعى الثالث ثلثه فإن تقسيم اليد والبينة على ما قدمناه لا يخلو أن يكون في أيديهم أو في يد غيرهم ممن لا يدعيه لنفسه أو في يد أحدهم، ثم لا يخلو أن يكون مع أحدهم بينة أو أن يكون مع كل واحد منهم بينة، فإن كان مع أحدهم بينة حكم له به كان في يده أو في أيديهم أو في غيرهم، وإن كان مع كل واحد منهم بينة حكم بأعدلهما أو لا بينة لهم جميعاً عرضت الأيمان عليهم ثم قسم بينهم، فإن لم يكن في أيديهم قسم على موجب دعواهم، وإن كان في أيديهم فاختلف في ذلك على وجهين: أحدهما أنه يقسم على عددهم والآخر على موجب دعواهم على ما نبينه من بعد ونحن نتكلم على تفصيل الجملة وموضع الخلاف منها.

فصل

وإنما قلنا: إنه إذا لم يكن الشيء المدعى عليه في أيديهما أو كان في يد من لا يدعيه لنفسه أو لم يكن في يد أحد فإنه لا يحكم به لأحدهما إلا ببينة لقوله ﷺ: «لو أعطى الناس بدعائهم لادعى قوم دم قوم وأمواهم»^(٤)، وقال للمدعى: «شاهدك أو

(١) ثبت في (ب) اليمين . .

(٢) ثبت في (أ) مختلطة.

(٣) ثبت في (أ) كبش .

(٤) أخرجه مسلم في الأقضية (٣/١٣٣٦) ح (١/١٧١١)، والنسائي في القضاة (٨/٢١٨) باب (عظة الحاكم على اليمين)، وابن ماجه في الأحكام (٢/٧٧٨) ح (٢٣٢١).

يمينه»^(١)، ولأنهما متساويان فى الدعوى لا يرجع أحدهما على الآخر فلم يكن أولى منه .

فصل

وإنما قلنا إن من أقام البينة منهما حكم له به لقوله ﷺ «البينة على المدعى»^(٢)، وقوله «شاهدك أو يمينه»^(٣) ولأنه قد أتى بالسبب الدال على صدقه فيما ادعاه فوجب الحكم به له، وإنما قلنا إن الآخر إذا أتى ببينة نظر إلى عدلها فرجحت على الأخرى، خلافاً لأبى حنيفة^(٤) والشافعى فى قولهما إن الزيادة فى العدالة لا يقع بها ترجيح^(٥)، لأن الشهادة تقف صحتها على العدالة وهى مبنية^(٦) على الاجتهاد فكانت الزيادة فيها مطلوبة لأنها أبلغ فى التوثيق وأقرب إلى صحة ما يشهد به، ولأن الشهادة أقوى من الخبر لأنه نص فيها على العدد فلم يقبل فيها قول العبد ولا المرأة بانفرادهما وفى الخبر لم ينص على عدد ولم يمنع فيه العبد ولا المرأة، ثم كانت صفة العدالة يقع بها الترجيح فى الخبر فمن كان [أعدل وأوثق كان]^(٧) أولى بأن يصار إلى خبره وكان فى الشهادة أولى ولا يلزم على ما قلناه زيادة لأنه منصوص عليه فأغنى عن الاجتهاد.

فصل

وإنما قلنا إذا تساوى فى العدالة سقطتا لأن إحداهما ليست بأولى من الأخرى فكانا كمن لا بينة معهما، وإنما قلنا تعرض الأيمان عليهما فلأن اليمين أحد الحجج للمدعى، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر حكم به للحالف لأنه قد ساوى صاحبه بالبينة وزاد عليه باليمين فكان أرجح منه، وإن حلفا قسم بينهما لأن التقادم إذا وجد لم يكن

(١) أخرجه البخارى : فى الرهن (١٧٢/٥) ح (٢٥١٥) ، ومسلم : فى الإيمان (١٢٣/١) ح (١٣٨/٢٢١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار للموصلى (٦/٢).

(٥) ذكره الشيخ الخطيب الشربيني، انظر مغنى المحتاج (٤٨٢/٤)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٤٢٨/٥).

(٦) ثبت فى (١) ويمين عليه.

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (١).

أحدهما أولى من الآخر لتساويهما فيما يقتضى الحكم به لمن يثبت له فلم يبق إلا ما قلناه، وقد قال مالك إلا أن يكون ذلك الشيء شيئاً^(١) مما يرى الإمام أن يقف الحكم فيه فلا يقسم بينهما^(٢). والنظر هو الأول، وإنما قلنا إنهما إذا نكلا تركا على ما كانا عليه فلأن تساوى^(٣) البيتين يمنع الحكم مع إحداهما، وإنما عرضنا الأيمان عليهما ليرجع أحدهما فيحكم له فأما إذا لم يوجد ذلك فقد أضعفا دعواهما فتركا على ما كان عليه.

فصل

وإنما قلنا إن الشيء المدعى إذا كان فى أيديهما فالحكم فيه مثل ما قدمناه فإنه لا رجحان لأحدهما على الآخر لأن اليد وإن كان الترجيح يقع بها لمن^(٤) حصلت له فقد تساوى فيها فكان كتساويهما فى البيئة.

فصل

وإنما قلنا إن كان فى يد أحدهما كان أولى من المدعى الذى لا بيئة له مع يمينه لأن اليد ظاهرها يدل على الملك فقد حصل أقوى سبب من المدعى فكانت البيئة على الخارج.

وإنما كانت اليمين على صاحب اليد لأنه مدعى عليه وقد قال ﷺ «اليمين على المدعى عليه»^(٥)، ولأنه أقوى سبباً باليد والحيازة، واليمين تكون فى جنة أقوى المتداعين سبباً، وإنما لم يحكم له بمجرد اليد دون اليمين لأن السبب الواحد لا يحكم به دون أن يضاف إليه غيره كالشاهد الواحد.

فصل

وإنما قلنا: إنه إذا نكل انتقلت اليمين [إلى جنة المدعى لأن سببه قد ضعف بنكوله فصار المدعى أقوى سبباً منه فانتقلت اليمين إلى جهته]^(٦) كما أن المدعى عليه يكون

(١) شيئاً: سقطت من (ب).

(٢) ذكره فى المدونة. انظر المدونة (٩٧/٤).

(٣) ثبت فى (ب) تهاتر.

(٤) ثبت فى (أ) أن.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

اليمين فى جنبته لقوة سببه ببراءة الذمة فى الأصل وإذا كان مع المدعى شاهد انتقلت اليمين إليه لقوة سببه.

وإنما قلنا إنه إذا حلف المدعى حكم له به لأنه قد اجتمع له سببان يمينه ونكول خصمه وذلك مؤثر فى الحكم، وإنما قلنا إنه إذا نكل أقر صاحب اليد لأن نكوله^(١) أضعف دعواه وصارا كأنهما لم يتأتيا بشيء ورجح الآخر عليه باليد.

فصل

وإنما قلنا إذا كان للمدعى بينة كانت أولى من اليد لأنها أرجح منها لأن البينة تشهد بما لا تشهد به اليد لأن اليد مبهمة^(٢)، والبيئة مفسرة، وإنما يحكم لليد بالظاهر ولقوله ﷺ: «البينة على المدعى»^(٣) ولم يفرق، وفائدة ذلك أنه إذا أقامها حكم له بها.

وإنما قلنا إن صاحب اليد إذا أقام بينة رجع بأعدل البيتين لما بيناه أن الغرض بالبينة العدالة والحكم بها موقوف على حصولها فوجب الترجيح بالزيادة فيها.

فصل

وإنما قلنا إنهما إذا تساويا حصل التهاثر وحكم به لصاحب اليد خلافاً لأبى حنيفة فى قوله إن بينة الخارج أولى إذا كانت فى ملك مطلق أو مضاف إلى سبب يتكرر^(٤) لما روى أن رجلين تداعيا عند النبى ﷺ بعيرك فجاء هذا ببينة فقضى به لمن هو فى يده^(٥)، ولأنهما متداعيان يتساويا فى إقامة البينة وانفراد أحدهما باليد فوجب أن تقدم بيته لأجل اليد، أصله الدعوى فى الملك المضاف إلى سبب لا يتكرر كالولادة والتناج^(٦)، ولأن كل واحد منهما مساوٍ لصاحبه فى الدعوى قبل البينة إلا أن صاحب اليد أقوى وأرجح بثبوت يده على الشيء المدعى فلما انفرد بذلك قوى أمره فقدم على المدعى

(١) ثبت فى (ب) وحصول.

(٢) ثبت فى (ب) متهمة.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ذكره الشيخ المرغينانى، انظر الهداية (١٩٢/٣)، انظر الاختيار للموصلى (١٥٥/٢).

(٥) أخرجه الدارقطنى فى سننه (٢٠٩/٤) ح (٢١)، والبيهقى فى الكبرى (٤٣٣/١٠) ح

(٢١٢٢٣)، وذكره الحافظ ابن حجر وقال: إسناده ضعيف. انظر تلخيص الحبير (٢٣١/٤).

(٦) ثبت فى (أ) النكاح.

لرجحانه باليد، وهذه حالهما بعد البينة لأنهما قد تساويا فيها وسقطتا وصارا كأنهما لم يكونا فانفرد صاحب اليد بيده كما كان قبل البينة، وإنما عرضنا الايمان عليهما بعد تهاثر البيتين اعتباراً بحال الابتداء.

فصل

فأما اختلاف الدعوى مثل أن يتدعى رجلان ثوباً أو كبشاً^(١) وهو بأيديهما يدعى أحدهما الكل والآخر النصف أو ثلاثة ويدعى الثالث الثلث فقد ذكرنا أن أصحابنا يختلفون في كيفية قسمته بينهم فمنهم من يقول تقسم بينهم على عدد المدعين^(٢) بالتسوية ومنهم من يقول يقسم بينهم على صفة اختلاف الدعوى.

وصورة القول الأول أن يتدعى رجلان كبشاً أو ثوباً وهو بأيديهما يدعى أحدهما الكل والآخر النصف فيكون بينهما نصفين وكذلك إن ادعاه ثلاثة يدعى الثالث الثلث يكون بينهم أثلاثاً، وصورة الحكم على موجب الاختلاف في الدعوى في المسألة الأولى أن يحكم لمدعى الكل بثلاثة أرباع المدعى والمدعى النصف بربعه فيقسم بينهم على أربعة أسهم.

وفي المسألة الثانية إذا ادعى أحدهم الكل والثاني النصف والثالث الثلث يقسم بينهم على ستة وثلاثين جزءاً^(٣) منها لمدعى الكل خمسة وعشرون و لمدعى النصف سبعة و لمدعى الثلث أربعة أسهم، واحتج من ذهب إلى القول الأول بأنهم متساوون^(٤) في أسباب الحكم والترجيح لأنهم قد تساوا في اليمين وفي الحياة لأن مدعى الأكثر مساوٍ لمدعى الأقل في اليد، وإنما يزيد عليه بالدعوى وذلك لا يوجب زيادة في الحياة، وإذا لم يكن معهم ما يرجع به أحدهم على الآخر وجب تساويهم في القسم فأما إذا لم يكن في أيديهما فعلى موجب الاختلاف.

واحتج من ذهب إلى القول الثاني بأن قال إذا ادعى أحدهما الكل وادعى الآخر النصف فمدعى النصف مقر بأنه لا حق له في النصف الآخر فصار النصف الذي يدعيه كان كمدعى الكل قد حازه وليس أحد يخاصمه فيه فيكون له ويصير التداعي في

(١) ثبت في (ب) كبشاً.

(٢) ثبت في (ب) المدعين.

(٣) ثبت في (ب) سهماً.

(٤) ثبت في (أ) متساويان.

النصف الباقي فيقسم بينهما لتساويهما في حيازته، وكذلك في المسألة الثانية يقال للمدعى النصف ومدعى الثلث أنهما مقرران بأن بالنصف الباقي لا حق لكما فيه فسلماه إلى مدعيه إذ لا خصومة بينهما وبينه فيه فيصير النصف للمدعى الكل [ويحصل التداعي بين مدعى النصف ومدعى الثلث]^(١) فيقال للمدعى الثلث أنت معترف بأن السدس الزائد على الثلث لا حق لك فيه فسلمه إلى من يدعيه فيصير بين مدعى الكل وبين مدعى النصف وأيديهما متساوية فيه فيقسم بينهما نصفين فيصير للمدعى الكل سبعة أسهم من اثني عشر سهمًا والمدعى النصف سهم من اثني عشر سهمًا ثم يبقى الثلث وهم يتداعونه بالسوية وأيديهم عليه متساوية فيقسم بينهم على موجب دعواهم بالسوية فيكون لكل واحد سهم وثلث [فيصير للمدعى الكل ثمانية وثلث من اثني عشر سهمًا ويصير للمدعى النصف سهمان وثلث من اثني عشر سهمًا، والمدعى الثلث سهم وثلث]^(٢) فيضرب في مخرج الكسر لتسلم السهام فيكون ستة وثلثين وكذلك الاعتبار في اختلاف التداعي في الأنصباء.

ومن أصحابنا من يقول في التداعي إذا اختلف ما يدعيه كل واحد منهما أنهما إذا أجمعت الدعوى فكانت زيادة على المال كالعول قسم بينهم على موجب العول فضم الدعوتين ثم ينظر إلى ما اجتمع بيده فجعل النصاب الذي يقسم عليه وهذا على القول بأن القسم موجب الدعوى وبيانه: إذا تداعى رجلان ثوبًا وادعى أحدهما جميعه والآخر نصفه يكون كأن المسألة عالت بالنصف فيكون من ثلاثة للمدعى الكل الثلثان والمدعى النصف الثلث.

[وإذا ادعى أحدهما الكل والآخر النصف والآخر الثلث]^(٣): قسم المدعى بينهم على أحد عشر سهمًا للمدعى الكل ستة، والمدعى النصف ثلاثة، والمدعى الثلث اثنان قال: لأنهم إذا تساوا في اليد وضاق المال على الدعوى لم يكن أحدهم بأولى من الآخر فيجب أن يتساوا في النقص.

فصل

ولو تداعيا ثوبًا بأيديهما فقال أحدهما: لي نصفه، والنصف الثاني لزيد، وقال

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

الآخر لى نصفه، ونصفه لزيد ولا شيء لك فيه: قسم بينهما لأن كل واحد منهما يقر للغائب بنصيب الآخر الذى قد حازه فلا يكون للمقر له شيء.

فصل

إذا ادعى أنه تزوج امرأة تزويجاً صحيحاً سمعت دعواه ولم يكلف أن يذكر شرائط النكاح خلافاً لأحد قولى الشافعى فى قوله إن الدعوى لا تسمع إلا بأن يذكر شروط الصحة فيقول تزوجتها بولى وشهود عدول بإذنها إن كانت ممن تستأذن^(١)، ودليلنا أنه دعوى عقد صحيح فوجب استماعها، أصله إذا ذكر^(٢) شروط صحتها، ولأنه عقد معاوضة فوجب أن يسمع الدعوى فيه على الصحة مجاملة من غير اعتبار بذكر شروط الصحة، أصله البيع.

فصل

إذا مات رجل وترك ابنين فادعى رجل على الميت ديناً فأقر له أحدهما فإن كان ممن تقبل^(٣) شهادته [وشهد له به حلف المدعى واستحق جميع الدعوى وإن كان ممن لا]^(٤) تقبل شهادته ولكنه لم يكن يشهد لزمه نصف ما اعترف له به وهو مقدار ما كان نصيبه لو اعترف الابن الآخر أو قامت له بيعة وقال أبو حنيفة يلزم المقر الأداء من حصته^(٥).

وإنما قلنا إنه إن شهد به لزم مع اليمين جميع الدعوى لأنها دعوى مال فقبل فيها الشاهد مع اليمين كسائر الدعاوى، وإنما قلنا إن شهادة الابن مقبولة لأن شهادة الأخ على أخيه مقبولة فيما يتعلق بدفع معرة عن الشاهد أو الأخ، ولأن التهمة عنه زائلة فى ذلك، وإنما قلنا إنه يلزمه بإقراره لأنه مقر بأن غيره يستحق مالاً فى يده فلزمه دفعه إليه.

(١) ذكره الإمام النووى. وقال: لو ادعى أنه نكح امرأة لم يقبل منه حتى يقول: نكحتها بولى وشاهدى عدل فمن الأصحاب من اكتفى فى دعوى النكاح بالإطلاق. انظر روضة الطالبين (١٤/١٢)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٤١٤/٥).

(٢) ثبت فى (١) إذا أنكر.

(٣) ثبت فى (١) ممن لا تقبل.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٥) ذكره الشيخ المرغينانى، انظر الهداية (٢١٢/٣).

وإنما قلنا إنه لا يلزم الآخر شيء بإقرار أخيه لأن إقرار الإنسان^(١) على غيره غير مقبول، وإنما قلنا لا يلزم المقر أكثر من قدر ما كان يلزمه لو أقر الآخر لأن إقراره عليه وعلى أخيه فلم يلزم ظلم غيره، ولأنه معنى يستحق في المال مقدم على الميراث فوجب إذا اعترف به بعض الورثة أن تلزمه في حصته دون حصة من لم يعرف، أصله الوصية.

فصل

إذا اختلف الزوجان في متاع البيت فادعى كل واحد منهما أنه له ولا بينة لهما ولا لأحدهما نظر: فإن كان من متاع النساء فهو للمرأة مع يمينها، وإن كان من متاع الرجال فهو للرجل مع يمينه، وقال سحنون ما يعرف لأحدهما فهو له بغير يمين وما كان يصلح لهما جميعاً فهو للرجل مع يمينه، وقال المغيرة هو بينهما بعد أيما نهما وسواء كان اختلافهما قبل الطلاق أو بعده كانت الدار بينهما أو لأحدهما أو بكراء كان الاختلاف منهما أو ورثتهما أو من ورثة أحدهما مع حياة الآخر كانا حرين أو عبيدين أو إحداهما كانت الزوجة مسلمة أو ذمية.

والمَتَاع الذي يصلح للنساء كالحلى وذياب النساء والغزل والجواهر والمتاع والذي يصلح للرجل كالسيف والدروع والرمح وسائر السلاح وذياب الرجل وكتب العلم والأدب، والذي يصلح لهما جميعاً كالدرهم والدنانير وغير ذلك مما لا يختص في العرف بأحدهما سواء كانت أيديهما عليه شاهدة مثل أن يكونا قابضين عليه حكماً مثل خشب موضوعة في الدار^(٢).

ووافقنا أبو حنيفة في ذلك كله إلا في الذي يصلح لهما فإنه فرق في ذلك بين الرجل إذا كان حياً أو ميتاً فقال: إن كان حياً فهو له وإن كان ميتاً فهو للمرأة^(٣)، وقال الشافعي من أقام البينة على شيء فهو له وإلا كان بينهما بعد أيما نهما^(٤).

(١) الإنسان: سقطت من (١).

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافي لابن عبد البر (٩٢٨/٢).

(٣) ذكره الشيخ المرغيناني. انظر الهداية (١٨٦/٣)، انظر الاختيار للموصلي (١٦٤/٢).

(٤) ذكره الشيخ الشيرازي. انظر المهذب (٣١٧/٢) انظر رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (ص ٥٧٠).

فصل

ولمّا قلنا إن ما يصلح لأحدهما يكون له لأن اليد لما كانت مؤثرة في الملك ودلت عليه بدليل أن من ادعى عمامة على رأس رجل فإن القول قول من هى عليه، وقد ثبت أن لكل واحد من الزوجين يدًا في الدار بدليل أن أجنبيًا لو ادعى بعض ما فيه فتنازعا أو أحدهما فيكون القول قوله دون الأجنبي فوجب إذا تنازعا أن يعتبر أظهرهما في الدعوى ومن يشهد له العرف بقوة دعواه وقد ثبت أن اليد تتفاضل فيكون بعضها أقوى من بعض كالراكب والمسك باللعجاء ، وإذا ثبت ذلك وجب أن يكون أقوى اليدين أو لهما بالمدعى لشهادة العرف له .

ولا يلزم عليه الدباغ والعطار إذا تنازعا فادعى الدباغ المسك وادعى العطار الجلود لأن أيديهما غير متساوية وقد ورد الظاهر والسنة بما قلناه وهو قوله تعالى : ﴿وأمر بالعرف﴾ [الأعراف: ١٩٩] ، وقوله عز وجل في قصة يوسف [عليه السلام] ^(١) ﴿إن كان قميصه قد من قبل فصدقت﴾ [يوسف: ٢٦] فجعل قوة دعوى كل واحد منهما على ما يشهد عليه الغالب فكذلك في مسألتنا الغالب والعرف أن النساء يتخذن ما يصلح لهن والرجال يتخذون ما يصلح لهم وإذا صح ذلك ثبت ما قلناه، وروى: (أن رجلان تنازعا في خص فحكم به لصاحب القمط ^(٢)) ^(٣) وهو يؤيد ما نقوله من الحكم بالأشبه في الدعوى .

فصل

ووجه قوله إنه يحكم به لمن يصلح له يمينه أن الحكم في الأصول لا يكون إلا بشيئين فلم يجز الحكم له بمجرد العرف لأن ذلك حكم بسبب واحد، ووجه قول سحنون إنه له بغير يمين أن يده والعرف الشاهد له سببان فلم يحتج إلى يمينه .

ووجه قول مالك إن ما كان لهما كان للرجل أن جنبته ^(٤) أرجح لأن البيت له وهى تابعة له فيه والظاهر ما يكون في بيت الرجل له إلا ما يشهد العرف أن الأغلب كونه للمرأة .

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب) .

(٢) ثبت في (أ) لصاحب المقص .

(٣) تقدم تخريجه .

(٤) ثبت في (ب، هـ) جهته .

وإنما شرطنا اليمين ليحصل له سببان يحكم بهما، ووجه قول المغيرة أنه بينهما وأن أيديهما متساوية ولا شبهة فيحكم به، والبيت منسوب إليهما لا إلى الرجل وحده فلم يبق إلا أن يكون بينهما بعد^(١) إيمانهما كالمتداعيين شيئاً بأيديهما.

فصل

وإنما لم يفرق بين أن يكونا حريين أو عبيدين وسائر ما ذكرناه لأن كل ذلك لا يؤثر في الدعوى بقوة ولا ضعف ولا شبهة فلذلك استوى الحكم في جميعه وإنما لم نفرق بين الحياة والموت لأن الورثة يقومون مقام مورثهم على سبيل ما كان له أن يفعل ألا ترى أنه لو اشترى بالخيار لم يكن لهم أن يفرقوا المبيع على البائع وكان لهم اختيار الجميع أو رده وكذلك هاهنا.

فصل

إذا مات رجل وعليه دين وله دين فيه شاهد واحد فللورثة أن يحلفوا مع الشاهد ويستحقوا الدين، فإذا حلفوا وأخذوا المال قضى منه الدين ثم أخذوا [الباقى ميراثاً فإن لم يفضل شيء فهم مخيرون إن شاءوا حلفوا مع الشاهد ويستحقون الدين فإذا حلفوا أخذوا المال فقضوا منه الدين ثم أخذوا]^(٢) فضلاً إن كان وإن شاءوا لم يحلفوا وليس للغرماء إجبارهم على اليمين فإن لم يحلفوا حلف الغرماء واستحقوا الدين في ديونهم فإن كان فيه فضل عن ديونهم لم يستحقه الورثة فإن أرادوا من بعد أن يحلفوا لم يكن لهم ذلك إلا أن يكون لامتناعهم أولاً وجه مثل أن يقولوا لم نعلم أنه يفضل منه شيء وكنا نرى أن الدين يستغرقه فيكون لهم أن يحلفوا [ويستحقوا الباقي، وإن كان امتناعهم على وجه النكول والترك لم يكن لهم أن يحلفوا من بعد، وكذلك]^(٣) لو ادعى إنسان على الورثة أن ميتهم أوصى له بمال وأقام على ذلك شاهداً واحداً فله أن يحلف معه فإن نكل الوارث أو مدعى الوصية للورثة ويراً وحلف الورثة لمدعى الوصية وبرؤوا من نكل منهم لزمه ما يدعى عليه مع الشاهد، وقيم الورثة الدين بقدر موارثهم والموصى لهم يقسمون على حسب ما يدعى من الوصية، وإن حلف بعضهم ونكل بعضهم فلمن

(١) ثبت في (١) مع.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

حلف نصيبه من الدين أو الوصية ولا شيء لمن لم يحلف، ولا يشارك الحالف فى قسطه ولكن يعرض اليمين على المدعى عليه ويكون الحكم على ما بيناه.

فصل

وإنما قلنا إن للورثة أن يحلفوا مع شاهد ميتهم لأنهم يقومون مقام [الموروث فى حقوق الإرث فلما كان للميت لو كان باقياً أن يحلف مع شاهده كان ذلك]^(١) للورثة بعده، وإنما قلنا إنهم إذا أخذوا المال بالشاهد وأيمانهم قضوا منه الدين ثم ورثوا الباقي لأن الدين مقدم على الميراث^(٢) لقوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ [النساء: ١١] فإذا قضوا استحقوا الباقي لوجوبه لهم.

وإنما قلنا إنه إذا كان الدين مستغرقاً للتركة فلا شيء للورثة لأن الإرث بعد الدين^(٣) فإذا تزاخما فالدين مقدم عليه، وإنما قلنا إن لهم أن يحلفوا مع استغراق الدين للإرث ولا يضرهم أن يستحق المال غيرهم لأن الحق فى التقديم لهم لأنهم يقومون مقام الميت، ولأنهم لو أدوا الدين من غير التركة لكان ذلك لهم ولم يكن للغرماء الاعتراض عليهم. وإنما قلنا إنهم مخيرون لأن الحق فى ذلك لهم فإن شاءوا أخذوه وإن شاءوا تركوه، وإنما قلنا إنه ليس للغرماء إجبارهم على الحلف لأنهم يقولون لا فائدة لنا فى اليمين على ما إذا استحق لم يكن لنا فيه حظ وكذلك إن كان فيه فضل فلهم أن يقولوا لسنا نختار أن نأخذ بيمين فيكون ذلك لهم.

وإنما قلنا إن للغرماء أن يحلفوا إذا نكل الورثة خلافاً للشافعى فى قوله ليس لهم ذلك^(٤)، لأن الدين حق متعلق بالتركة^(٥) فجار لمستحقه أن يحلف مع شاهد الميت، أصله حق الإرث، وإنما قلنا إنه إن كان فيه فضل عن ديونهم لهم يستحقه الورثة لأن الإنسان لا يستحق بيمين غيره شيئاً إذا كان ممن له أن يحلف، وإنما قلنا إن لهم أن يحلفوا ويستحقوا الفضل لأنهم يستحقون ما يتركه الميت فكان لهم أن يحلفوا عليه وليس امتناعهم أولاً من اليمين بمانع لهم الآن منها لأنهم يقولون لم نر أن نحلف على

(١) ما بين المكوفين سقط من (ب).

(٢) ثبت فى (ب) على الوارث.

(٣) ثبت فى (ب) نفعا للورثة.

(٤) لم أجد هذه المسألة فيما عندى من مصادر.

(٥) ثبت فى (ب) بالشركة.

ما يأخذه غيرنا، فأما إذا فضل ما نأخذه فإننا نحلف عليه وهذا عذر مسوغ^(١)، وإنما يمنع أن يحلفوا بعد ترك اليمين لأن نكولهم قد أسقط حقهم، وإنما قلنا إن للمدعى له أن يحلف مع شاهده لأنه يستحق من تركه الميث وما وصى له به، فإن لم يحلف فقد تقدم بيان النكول ورد اليمين وكذلك باقى المسألة.

فصل

كل دعوى لا يقبل فيها شاهد وامرأتان ولا شاهد ونكول^(٢) ولا يقبل فيه إلا شاهدان فلا يجب اليمين فيها على المدعى عليه بمجرد الدعوى، وذلك مثل دعوى النكاح والرجعة والطلاق وقتل العمد وما أشبه ذلك، فإذا ادعى رجل على امرأة أنها زوجته أو امرأة على رجل أنه زوجها أو أنه طلقها فلا يمين على المنكر منهما بمجرد الدعوى [وذلك مثل دعوى النكاح]^(٣) فإن أقام المدعى شاهداً واحداً حلفا المدعى عليه وإن نكل ففيها روايتان: إحداهما أنه يحكم عليه، والأخرى أنه يجبس حتى يحلف فإن طال حبسه خلى، واليمين على هذه الرواية استظهاراً واحتياطاً.

وإذا قلنا إنه لا يحلف بمجرد الدعوى فلا يتصور على هذا رد اليمين على المدعى لأن ذلك لا يكون إلا بنكول المدعى عليه، والنكول لا يكون بعد توجه اليمين إليه، وعند الشافعى فى هذه المسائل أن اليمين تلزم المدعى عليه فإن نكل ردت على المدعى فإن حلف حكم له^(٤)، فدللنا على أن اليمين لا تلزم ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال: «إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها لم يحلف بدعواها إلا أن تأتى بشاهد فإن كان معها شاهد حلف»^(٥) وهذا نص، ولأن ذلك ذريعة إلى امتحان النساء بالأزواج فلا تشأ امرأة أن تؤذى زوجها إلا ادعت عليه الطلاق لتحلفه وذلك إضرار بالناس فيجب منعه على ما بيناه من الذرائع، ولا يلزم عليه دعوى الأموال لأنها أخفض رتبة والإجماع على خروجها عن حكم هذا الأصل.

(١) مسوغ: سقطت من (١).

(٢) قال الشيخ ابن عرفة الدسوقي: النكول: امتناع من وجبت عليه أو له يمين منها. انظر شرح حدود ابن عرفة للرضاع (٦١١/٢).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٤) ذكره الإمام النووي. انظر روضة الطالبين (٤٣/١٢) رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٥٦٩).

(٥) أخرجه ابن ماجه فى الطلاق (٦٥٧/١) ح (٢٠٣٨) بنحوه فى الزوائد: هذا إسناد صحيح، ورجاله ثقات.

فصل

ودليلنا أن اليمين لا ترد فيما لا تقبل فيه إلا شاهدين أنا وجدنا الشاهد والمرأتين أقوى من اليمين والنكول لأن النكول من غير جنبه المدعى، ولأنه لا يحتاج إليهم^(١) مع المرأتين، وإذا ثبت ذلك كان الطلاق والنكاح لا يحكم فيه بشاهد والمرأتين كان بأن لا يحكم فيه الشاهد والنكول وبالنكول واليمين أولى.

فصل

إذا كان له بينة حاضرة وكان عالماً بها قادراً على إقامتها فعدل عنها إلى يمين المدعى عليه ثم أراد إقامتها من بعد ففيها روايتان^(٢): إحداهما أن ذلك له والأخرى أنه ليس له ذلك.

فوجه الأولى أنها حال لو أقر فيها المدعى عليه لثبت الحق عليه فوجب إذا أقام فيها المدعى البينة أن يكون له ذلك، أصله قبل أن يحلف، ولأنها بينة لو أراد إقامتها قبل اليمين لكان له ذلك فوجب ألا يقطعها اليمين، أصله إذا كانت غائبة أو كان لا يعلم بها، ووجه الثانية قوله ﷺ: «شاهدك أو يمينه»^(٣) فجعل له أحدهما إذا استوفاه لم يكن له الآخر، ولأنه لو قال للحاكم أريد أن تجمع لى بين الأمرين بين يمينه ويبتنى لم يكن له ذلك فدل على ما قلناه، ولأن عدوله إلى اليمين مع قدرته على البينة رضاً بها فلم يكن له نقض موجبها كما لو صالح ثم أراد الرجوع فى الصلح.

فصل

يمين الإنسان على فعل نفسه يكون على القطع^(٤) وعلى فعل غيره يكون على العلم مثل أن يدعى على رجل مالا فيقر له به ويزعم أنه قضاه إياه فيحلف أنه ما قضاه قطعاً، ولو ادعى أن لأبيه عليه مالا وأنه ورثه عنه فزعم المدعى عليه أنه قد قضاه إياه حلف على العلم أنه لا يعلم أباه اقتضى منه شيئاً، والفرق بينهما أنه يقدر على العلم باقتضائه نفسه ولا يصل إلى العلم باقتضاء أبيه والصغير يحلف مع شاهد أبيه على إثبات الحق

(١) ثبت فى (ب) إليه.

(٢) ذكره الشيخ الأئى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٠٦، ٦٠٧).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩١٠).

إذا بلغ، ولو كان للميت شاهد بحق له ولد صغير سمع الحاكم شهادة شاهده ثم عرض اليمين على المدعى عليه فإن حلف لم يسقط الدعوى عنه ويؤخر إلى أن يبلغ الصبي فيحلف ويأخذ^(١)، وإنما عرضنا اليمين على المدعى عليه لجواز أن ينكل فيثبت الحق ولا يحتاج إلى انتظار بلوغ الصبي^(٢) فلما لم ينكل كان الحق باقياً للصبي.

فصل

إذا كانت في يد رجل دار حائز لها يتصرف فيها مدة عشر سنين فأكثر بالبناء والهدم والإجارة والعمارة ينسبها إلى نفسه ويضيفها إلى ملكه وإنسان يراه ويشاهده طول هذه المدة ولا يعارضه فيها ولا يذكر أن له فيها حقاً ولا مانعاً يمنعه مطالبته من خوف سلطان أو ما أشبه ذلك من الضرر المانع من المطالبة بالحقوق ولا يبينه وبين المتصرف في الدار قرابة أو شركة في ميراث أو ما أشبهه مما يتسامح به القرايات والصهر بينهم في إضافة أحدهم أموال الشركة إلى نفسه بل كان عرياً من ذلك أجمع، ثم جاء بعد طول هذه المدة يدعيها لنفسه ويزعّم أنها له ويقيم بينة بذلك فعندنا أن بينته غير مسموعة ويكون صاحب اليد أولى بها^(٣).

وإنما قلنا ذلك لأن كل دعوى ينفيها العرف وتكذيبها العادة فإنها غير مقبولة لقوله تعالى: ﴿وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾ [الأعراف: ١٩٩]، وأوجب الرجوع إليه [عند الاختلاف]^(٤) في الدعاوى كالنقد والحمولة والسير وغير ذلك وفي الأبنية ومعاقيد القمط ووضع الجذوع على الحائط فكذا في هذا الموضوع، وقد علمنا أن الإنسان في العادة إذا كان له ملك يراه في يد غيره يتصرف فيه تصرف ذي الملك التام^(٥) بالهدم والبناء والعمارة والإجارة والرهن وغير ذلك وينسب إلى ملكه وهذا حاضر يراه ويشاهده ولا ينازعه ولا يدعى معه شيئاً ولا مانع يمنعه من مطالبته ولا يذكر أنه ملكه ولا يعارض فيه بل ساكت ثم يأتي بعد سنين طويلة ومدة بعيدة فزعم أنه ملكه ويقيم البينة على ذلك فإن ذلك خلاف العادة لأن الإنسان لا يسكت^(٦) على ما يجري هذا المجرى ولذلك قلنا إنه إن كان غائباً

(١) ذكره ابن عبد البر (٢/ ٩١٠). انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ٩١٠).

(٢) ثبت في (ب) إلى انتظار بلوغه.

(٣) انظر المدونة (٤/ ٨٩)، انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ٩٣٨).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) التام سقطت من (ب).

(٦) ثبت في (أ) لا يسكتون.

سمعت بيته لأنه لا عرف يكذب قوله وكذلك إذا كانت فى يد سلطان يخافه إن أقام البيعة.

وإنما قلنا: إن الحياة من الأقارب لا تمنع الدعوى كجرى العادة بإسقاط بعضهم فى إضافة الملك المشترك إليه وترك تشاحيهم فيها وإنما تبقى^(١) مدة طويلة غير مقسومة بل على شركة الموارث المتداولة ففارقوا الأجانب.

فصل

التغليظ فى الأيمان عندنا بالمكان والزمان خلافاً لأبى حنيفة فى قوله لا يغلظ فى المكان^(٢) لقوله ﷺ: «من حلف على منبرى هذا على يمين كاذبة ولو على سواك من أراك فقد تبوأ مقعداً من النار»^(٣)، ولأن أبا بكر وعمر رضوان الله عليهما استحلفا عند المنبر^(٤)، وروى أن عمر رضى الله عنه طولب بذلك فى يمين توجهت عليه فافتدى ولم يحلف^(٥)، وروى عن على رضى الله عنه أنه قال لرجل - حلف بالطلاق فقال لامرأته: حبلك على غاريك -: تحلف بالله عند المنبر لما أردت الطلاق^(٦)، ونحوه عن ابن عباس^(٧) فدل على أنه إجماع، ولأن اليمين تراد لزجر وردع وليتخرج الخالف ويمتنع من الإقدام على يمين إن كان مبطلاً بها ويخرج من حق إن كان، وقد ثبت أن الحلف فى المواضع التى تعظم وتشرف أبلغ فى الردع وأوقع فى الزجر من الحلف فى غيرها فوجب أن يكون أولى.

إذا ثبت هذا فالمواضع فى البلد الذى يكون فيه الخصومة: ففى المدينة عند منبر رسول

(١) تبقى: سقطت من (أ).

(٢) ذكره الشيخ الموصلى قولاً بصيغة التمييز وقال: وقيل: يحلف فى زماننا لسقطة مبالاة الناس باليمين الكاذبة. والاول أنه لا تغلظ بزمان ولا مكان لأن تعظيم المقسم به حاصل فى كل زمان ومكان. انظر الاختيار للموصلى (١٥١/٢)، انظر الهداية للمرغينانى (١٧٩/٣).

(٣) أخرجه أبو داود فى الأيمان والنذور (٢١٩/٣) ح (٣٢٤٩)، وابن ماجه فى الأحكام (٧٧٩/٢) ح (٢٣٢٥)، ومالك فى الموطأ فى الأقضية (٧٢٧/٢) ح (١٠)، وأحمد فى المسند (٤٤٠/٢) ح (٨٣٨٣).

(٤) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٢٩٦/١٠) ح (٢٠٦٩٤ - ٢٠٦٩٥).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٥٦٣/٧) ح (١٥٠١٣).

(٧) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٢٩٧/١٠) ح (٢٠٦٩٩).

الله ﷺ لأنه أشرف المواضع بها، وللخير الذى رويناه، وفى سائر البلاد فى أشرف البقاع بها وأعظمها حرمة وذلك فى المسجد الجامع أو غيره مما يشرف به ويعظم، وتغلظ على اليهود والنصارى فيحلف اليهودى فى بيعته والنصرانى فى كنيسته لأن هذه المواضع هى أعظم مواضعهم عندهم، ولأن التغليظ بذلك إنما الغرض به الردع والزجر فهى فى المواضع التى يعتقدون تعظيمها أبلغ فيما يراد.

فصل

فأما الحقوق التى تغلظ فيها فينظر فإن كانت الدعوى فى غير المال مثل الدماء والطلاق والعتاق وما أشبه ذلك فإن اليمين^(١) تغلظ فى ذلك كله، وإن كانت الدعوى فى مال فلا تغلظ فيه عند المنبر فى التافه اليسير وهو ما دون ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الورق وتغلظ فى ربع دينار وفى ثلاثة دراهم فصاعداً، وقال الشافعى: تغلظ فى العشرين ديناراً دون ما قصر عنها^(٢)، وقال بعض المتأخرين تغلظ فى القليل والكثير^(٣).

ودليلنا على أنه لا تغلظ فى اليسير ما روى أن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه رأى رجلاً يحلف عند المنبر فقال: أعلى دم، فقال: لا، فقال: على عظيم من المال، فقال لا، فقال خشيت أن يتهاون الناس بهذا المكان^(٤)، ولم ينكر ذلك عليه أحد فثبت تقدير المحلوف عليه، ولأن المقصود من التغليظ الردع والزجر بحرمة الموضع المحلوف عنده فيجب أن يكون ذلك فيما له خطر وقدرة إعظاماً للموضع وتأكيذاً لحرمة، ودليلنا على أنه تغلظ فى ربع دينار أنه قدر من المال تثبت به حرمة فى الشرع بدليل أنه يقطع فيه اليد وأنه أقل ما يستباح به البضع فجاء التغليظ فيه كنصاب الزكاة، ولأنه خارج عن التفاهة والنذارة بدليل ما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت: لم يكن رسول الله

(١) ثبت فى (ب) الإيمان.

(٢) ذكره الإمام النووى. ثم قال: أما ما دون ذلك فلا تغليظ فيه إلا أن يرى القاضى التغليظ لجرأة الخائف فله التغليظ. وهذا القول هو قول الحنابلة. انظر روضة الطالبين (١٢/٣٢)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/٤٢٠)، انظر المغنى لموفق الدين (١٢/١١٦).

(٣) هذا القول هو قول ابن جرير. حكاه عنه الشيخ موفق الدين بن قدامة. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/١١٦).

(٤) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٠/٢٩٧) ح (٢٠٦٩٦).

ﷺ يقطع فى التافه وكان يقطع فى ربيع دينار^(١).

فصل

وأما التغليظ فى الزمان فيستحب فى الدماء واللعان أن يكون الحلف بعد صلاة العصر لقوله عز وجل: ﴿تَحْسَبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ﴾ [المائدة: ١٠٦] قيل فى التفسير: بعد صلاة العصر، وفى الحديث أن النبى ﷺ قال: «ثلاثة لا ينظر إليهم: فذكر من حلف يميناً كاذبة بعد العصر ليقطع بها مال امرئ مسلم»^(٢)، ولأن أديار الصلوات أوقات مشرفة معظمة تترجى فيها إجابة الدعاء ويتقرب الإنسان إلى الله تعالى بالتسبيح والذكر فيها فهى أبعد من اكتساب الآثام بالإيمان الكاذبة، واختير بعد صلاة العصر لأنه وقت يجتمع فيه الناس وربما ردع ذلك الحالف به.

فصل

لا مدخل للتغليظ فى الإيمان بالألفاظ ولا تزداد فى الحلف على أن يحلف بالله الذى لا إله إلا هو فقط، وقال الشافعى: يزداد على ذلك عالم خافية الأعين وما تخفى الصدور والذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية^(٣) وما أشبه ذلك^(٤) ودليلنا أن هذه الصفات لا غاية لها ولا حصر فلم يكن بعضها بأن تغلظ اليمين به بأولى من بعض فوجب، الاقتصار على الحلف باسمه تعالى ووصفه الأخص الذى لا زيادة عليه وله مزية على سائر الصفات.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخارى فى الشرب والمساقاة (٤٢/٥) ح (٢٣٥٨)، ومسلم فى الإيمان (١٠٣/١) ح (١٧٤/١٠٨).

(٣) ثبت فى (ب) الجهر.

(٤) قال الإمام النووى للتغليظ بالتعديد فى الأسماء والصفات بأن يقول: والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية أو والله الطالب الغالب المدرك المهلك الذى يعلم السر وأخفى وهذا الضرب مستحب فلو اقتصر على الله كفى. واستحب الشافعى رحمه الله أن يقرأ على الحالف «إن الذين يشتركون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً». وأن يحضر المصحف. انظر روضة الطالبين (٣١/١٢)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٤٢١/٥).

فصل

ولا يزداد في إحناف اليهودى أن يقال الذى أنزل التوراة على موسى ولا فى إحناف النصرانى أنزل الإنجيل على عيسى خلأفاً للشافعى^(١) لأن ذلك معنى رائد على التغليظ فى صفات اليمين لا يجب فى حق المسلم فنقول لأنها يمين وجبت فى حق فلم يزد فيها على لفظ الإحناف، أصله فى حق المسلم، ولأنه كافر فلم يزد فى إحنافه على اسم الله وصفة الإحناف كالوثنى، ولأن زيادة هذه الصفات إن كانت لاختصاص الكتائبين بها فىجب أن يزداد الذى كلم موسى على الطور وغير ذلك فىجب أن يزداد على الوثنى الالة والعزى لأن ذلك هو الذى يعظم وذلك باطل.

فصل

يحنف قائماً فى كل الحقوق^(٢) لأن ذلك أبلغ فى الردع والزجر وأما استقبال القبلة فقل إنه لا ىحتاج إليه لأنه لما لم يغلظ بأن يحنف عندها لم يغلظ باستقبالها كسائر المواضع وقيل يستقبل بالحناف القبلة لقوله ﷺ: «خير المجلس ما استقبال به القبلة»^(٣) لأن ذلك أردع له وأزجر، ولأن استقبال القبلة يعظمها المسلمون ما لا يعظمون^(٤) الانحراف عنها ألا ترى أنه يفعل بالمحنف وفى الدفن وعند الذبح والأذان فكذلك فى اليمين.

فصل

يجوز اقتداء اليمين وهو أن يبذل شيئاً لتسقط عنه لأنه إجماع الصحابة وروى أن عثمان رضى الله عنه خاصمه يهودى إلى عمر وادعى عليه أربعة آلاف درهم فوجبت^(٥)

(١) ذكره الشيخ زكريا الأنصارى. انظر المنهج مع حاشية الجمل (٥/٤٢١)، انظر معنى المحتاج (٤٧٣/٤).

(٢) قال ابن عبد البر: واليمين قائماً عند مالك أصوب. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩٢٤)، وقال الشيخ الأبى: ويحنف قائماً تغليظاً عليه فلو حلف جالساً لم يجز بناء على أن التغليظ واجب على المعتمد. انظر الثمر الدانى (ص ٦٠٦).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ثبت فى (١) يعلمون.

(٥) ثبت فى (ب) فترحت.

عليه اليمين فأبى أن يحلف وغرم المال فلما فعل ذلك قال: والله ما له على شيء فقال عمر ما حملك على ما فعلت قال خفت أن يصادف يمين قدراً^(١) فيقول الناس ظلم عثمان اليهودي ولم ينكر عليه عمر^(٢)، ولأن ابن مسعود أخذ بأرض الحبشة فصالح^(٣) عن نفسه بدينارين^(٤)، ولأن في الاستحلاف مذلة^(٥) وامتهاً فجاء للإنسان الافتداء منها صيانة للعرض وقد قال ﷺ: «ما وقى به المرء عرضه فهو صدقة»^(٦).

فصل

وإذا كانت المرأة من ذوات الأقدار والشرف جاز أن يبعث الحاكم إليها من يحلفها لأن في ذلك صيانة لها وإقلالاً من تبذيلها، ولا مقال للخصم في ذلك لأن الذي يجب له إحلافها دون تبذيلها وإن كانت ممن لا تخرج نهاراً جاز أن تؤخر لتخرج ليلاً زيادة في الصيانة وقلة التبذل^(٧).

فصل

من أراد أن يكتب على غيره كتاباً بذكر حق أملاه الذي عليه الحق وإن أملاه الذي له الحق بحضرتة ورضاه فلا بأس به وإن ارتضيا بمن يمليه غيرهما جاز وأجرة الكتاب عليهما وإن كان الدين لجماعة فأجرة الكتاب عليهم بالسوية اتفقت سهامهم أو اختلفت.

وإنما قلنا إنه يمل الذي عليه الحق لقوله تعالى: ﴿وليملل الذي عليه الحق﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ولأن الذي له الحق قد يزيد^(٨) فيما له عليه ويتغافل عنه الذي عليه الحق فإذا أملاها الذي عليه الحق كان ذلك أمناً لها يخاف منه وقد وعظ الله الذي عليه الحق فقال: ﴿وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ولأنه قد يزيد الذي له الحق

(١) ثبت في (١) القدر.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢٩٧/١٠) ح (٢٠٦٩٨).

(٣) ثبت في (ب) فصائع.

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢٣٥/١٠) ح (٢٠٤٨٢).

(٥) ثبت في (ب) بذلة.

(٦) أخرجه الحاكم في المستدرک (٥٠/٢)، وذكره الحافظ العجلوني وعزاه إلى العسكري والقضاعي

عن جابر مرفوعاً. انظر كشف الخفاء (٢٥٥/٢) ح (٢٢٥٥).

(٧) انظر المدونة (٧١/٤)، انظر الكافي لابن عبد البر (٩٤٢/٢).

(٨) ثبت في (ب) ينسى.

فى التوثق على ما يجب له وذلك غير جائز، ولأن الذى عليه الحق إذا أملاه صار ذلك إقراراً منه فيعتد به وإذا أملاه الذى كان مدعياً والدعوى لا يعتد بها فيقال للذى عليه إذا أملاه أنت لتقر بها عليك فإن كان سها أو غير عالم بالشروط أمل ذلك وليه الذى إليه أمره أو وكيله لأنه إذا كان عن أمره فإقراره حاصل.

وإنما قلنا إن أملاه صاحب الحق بحضرته ورضاه جاز لأن التهمة تزول عنه وتصير كأن الذى هو عليه أمله فيكون إقراراً، وإنما قلنا إن الأجرة عليهما لأن الكاتب أجير لهما، وإنما قلنا إنها تكون على أهل الدين بالسوية وإن اختلفت أنصباؤهم لأن التعب فى ذلك واحد فليس نصيب واحد منهم أكثر من نصيب الآخر والله أعلم.

٣٧ كتاب الحبس

والوقوف والصدقة والعمرى والرقبى وما يتصل بذلك

قال القاضى: الحبس والوقف^(١) صحيح لازم لا يفتقر لزومه إلى حاكم به وهو قول الشافعى^(٢)، وقال أبو حنيفة لا يلزم الوقف ولا يزول عن ملك الواقف قبض أو لم يقبض وله الرجوع عنه بالبيع والهبة، ويورث عنه إن مات إلا أن يحكم به حاكم أو يكون الوقف مسجداً أو سقاية أو يوصى به فيكون فى ثلثه^(٣).

فدللنا فعل رسول الله ﷺ^(٤)، وإجماع الصحابة بعده من غير خلاف منهم الأئمة الأربعة وطلحة والزبير وريد بن ثابت وعائشة وأبو رافع وخالد بن الوليد وابن عمر وغيرهم^(٥) رضوان الله عليهم، وكذلك قال مالك: هذه صدقات رسول الله ﷺ وأصحابه والخلفاء^(٦) معروفة عندنا وروى مالك عن نافع عن ابن عمر أن عمر قال للنبي ﷺ إني أصبت أرضاً بخير وهى من أنفس مال أصبته وإنى أريد أن أتصدق بها فقال له

(١) قال القيروزي أبداً: الحبس: المنع وكل شيء وقفه صاحبه. انظر القاموس المحيط (٢/٢٠٦). وقال: والوقف الحبس. انظر القاموس المحيط (٣/٢٠٥).

وفى الاصطلاح: قال الشيخ الرصاع: الفقهاء يعبر بالحبس وبعضهم يعبر بالوقف والوقف عندهم أقوى من الحبس وهما فى اللغة مترادفان، وقال الشيخ ابن عرفة: هو إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه فى ملك معطيه ولو تقديراً. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/٥٣٩).

وقال الشيخ الآبى: الحبس إعطاء المنافع أما على سبيل التأييد أو على مدة معينة ثم يرجع ملكاً. انظر الثمر الدانى (ص ٥٥٦).

(٢) ذكره الشيخ الموصلى، انظر الاختيار (٢/٢٩١)، انظر الهداية للمرغينانى (٣/١٥).

(٣) ذكره الشيخ الخطيب الشربيني، انظر مغنى المحتاج (٢/٣٨٩).

(٤) أخرجه البخارى فى الشروط (٥/٤١٨) ح (٢٧٣٧)، ومسلم فى الوصية (٣/١٢٥٥) ح (١٦٣٢/١٥).

(٥) انظر المحلى لابن حزم (٩/١٨٠).

(٦) الخلفاء سقطت من (١).

ﷺ: «حبس الأرض وسبل الثمرة»^(١) وفى طريق آخر فتصدق به عمر وكتب هذا ما تصدق به عمر بن الخطاب صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث، على الفقراء وذوى القربى وفى سبيل الله وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف^(٢)، ففيه أدلة: أحدها قوله ﷺ: «حبس الأرض» وذلك يقتضى التأييد وانتفاء الرجوع فيه، والثانى أن عمر استشار رسول الله ﷺ فى ذلك فأشار عليه به فدل على أنه يلزم وإلا لم يكن قد دله على مراده، والثالث أنه كتب لا يباع ولا يوهب ولا يورث بعد إذنه ﷺ فيه لأنه تحييس أصل على وجه القرية فلم يفتقر إلى حكم حاكم، أصله المسجد.

وقولنا أصل^(٣) احترازاً من الحيوان والعروض على إحدى الروايتين، ولأنه ضرب من العطية يلزم بعد الوفاة بالوصية فوجب أن يلزم بفعله حال الحياة، أصله الهبة والصدقة، ولأنه إزالة ملك على وجه القرية فلم يفتقر إلى حكم حاكم، أصله العتق ويزيد^(٤) فى الفرع إزالة ملك عن منافع الرقبة المحبسة.

فصل

ويعجز ذلك فى المحوز والمشاع خلافاً لأبى يوسف ومحمد^(٥)، لحديث عمر أنه أصاب مائة سهم وذلك يقتضى أنه مشاع، ولأنها عرضة يجوز بيعها فجار وقفها كالمحوز.

وعنه فى حبس غير العقار من الحيوان روايتان: إحداهما المنع، والأخرى الجوار، ومن أصحابنا من يقول إن حبس الخيل جائز، وإنما الخلاف فى غيرها^(٦) فوجه المنع أن الأخبار إنما وردت فى العقار دون غيره فلم يجز تعديده، ولأن الحبس والوقف إنما يراد

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ثبت فى (ب أصلاً).

(٤) ثبت فى (ب) تريد.

(٥) قال الشيخ المرغينانى: ووقف المشاع عند أبى يوسف لأن القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تمته، وقال محمد رحمه الله: لا يجوز لأن أصل القبض عنده شرط. انظر الهداية (١٦/٣)، انظر الاختيار للموصلى (٢/٢٩٢).

(٦) ذكرهما ابن عبد البر فى الكافى وقال: وتحبيس الخيل فى سبيل الله جائز واختلف قول مالك فى تحبيس غير الخيل من الحيوان فكرهه مرة وجوزه أخرى. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٢٠)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٧٦، ٧٧).

للتأييد والدوام وذلك لا يمكن إلا في العقار فلم يجز في غيره مما يتغير ولا يدوم، ألا ترى أن الشفعة لما استحقت لإزالة الضرر على وجه الدوام اختصت بالعقار دون غيره لأن الدوام لا يوجد في غيره غالباً لسرعة تغيره، ووجه الجواز قوله ﷺ: «إنكم تظلمون خالداً إنه حبس أذرع وأعبده في سبيل الله»^(١) والأذرع الخيل وروى أن أبا معقل وقف بعيراً له فقيل لرسول الله ﷺ فلم ينكر وإن أم معقل قالت: يا رسول الله أريد الحج وإنه وقف السبيل فأركبه فقال: «اركبته، فإن الحج من سبيل الله»^(٢)، ولأنه أصل يبقى ويصح الانتفاع به كالعقار.

فصل

الربع الموقف أو المحبس حبساً محرماً لا يجوز بيعه إذا خرب ولا الاستبدال به بوجه لأن في بيعه إبطال شرط الواقف وحلاً لما عقده وذلك غير جائز، واعتباراً به إذا لم يخرب، ولأن العمارة تنتقل من مكان إلى مكان فلم يكن في تبقيته إتلاف له لجواز عودة العمارة إليه، ولأن في بيعه إبطالا لحق من جعل له فيه حق بعد هذا البطن^(٣) ولا سبيل إلى ذلك وجواز بيعه^(٤) محكى عن ربيعة وأظن بعض أصحابنا يذهب إليه ولست أحققه^(٥) في هذا الوقت^(٦).

فصل

وأما الفرس أو غيره إذا كلب أو حطم أو هرم وخيف عليه العطب فيجوز بيعه عند

(١) أخرجه البخارى فى الزكاة (٣/٣٨٨) ح (١٤٦٨)، ومسلم فى الزكاة (٢/٧٦) ح (٩٨٣/١١).

(٢) أخرجه أبو داود فى المناسك (٢/٢١١) ح (١٩٨٨)، وابن ماجه فى المناسك (٢/٩٩٦) ح (٢٩٩٣) مختصراً.

(٣) ثبت فى (ب) النظر.

(٤) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٢٠).

(٥) ثبت فى (أ) ونسبت تحقيقه وفى (هـ) ولنستتحققه.

(٦) قال ابن عبد البر: وقال مثل قول ربيعة عبد الملك فيما يشس من عمارته ولا يتنفع به أن يجعل ثمنه فى مثله وقال بقول ربيعة فى جواز بيع الأحباس طائفة من المالكيين. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٢٠)، انظر الثمر الدانى (ص ٥٥٩).

وقال الشيخ ابن عرفة: وفى رواية أبى الفرج عن مالك: إن رأى الإمام بيع ذلك لمصلحة جار ويجعل ثمنه فى مثله. انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٩١).

ابن القاسم ولا يجوز بيعه عند عبد الملك^(١)، فوجه قول ابن القاسم إنه إذا لم يبق فيه منفعة فى الحال ولا فى المترقب فى الوجه الذى حبس عليه لم يكن فى تبقيته فائدة إلا تعريضه للتلف وذلك غير جائز لأن إضاعة المال منهى عنها ومتى بيع هذا الفرس الذى قد كلب أو دخل العيب قوائمه لم يكن القتال عليه أمكن أن ينتفع به مشتره فى غير ذلك الوجه بأن يطحن عليه أو يعمل عليه وابتاع بثمنه غيره فكان ذلك أولى من إضاعته، ولأن فى تبقيته ومنع بيعه إنما يراد لئلا يبطل شرط الواقف متى بيع وتبقيته تؤول إلى ذلك من غير نفع فكان إبطال الشرط بما يقوم مقامه ويسد بعض^(٢) مسده أولى.

وجه قول عبد الملك اعتباره بالرباع بعلته أنها عين أبد حبسها فلم يجز بيعها، فإذا ثبت هذا وبيعت على قول مالك وابن القاسم جعل ثمنها فى مثلها إن بلغ وإلا أعين به فى مثله وانتفع فى ذلك الوجه الذى حبس الأصل فيه لأن بدل الشئ يقوم مقامه وهذا كله على قول^(٣) إن حبس الحيوان جائز، فأما إذا قال إن حبسه لا يصح فلا معنى لهذا الفرع ويجوز على الإطلاق.

فصل

الألفاظ التى ينعقد بها الوقف هى أن يقول وقفت وحبست وتصدقت وما أشبه ذلك مما يفيد معناه^(٤) فأما لفظ الوقف فإنه صريح فى التأيد فإذا قال وقفت هذا الدار وقال هذه الدار وقف كان هذا القدر كافياً فى تأييد^(٥) تحريمها فلا يرجع ملكاً أبداً وإن ضم إلى ذلك أن يقول وقف لا تباع ولا توهب ولا تورث فذلك تأكيد والاقتصار على لفظ الوقف كاف.

وإنما قلنا ذلك لأن مفهوم هذه اللفظة فى العرف أنه يقصد بها السبيل وتأييد حبسها وتعليك منفعتها على الدوام فوجب الحكم بذلك فيها، فأما لفظ الحبس فهو أن يقول دارى هذه حبس فى وجه كذا أو لا يقول، لكن إن قال حبس فقط أو قال قد حبستها

(١) ذكره ابن عبد البر فى الكافى، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٢٠).

(٢) بعض سقطت من (ب).

(٣) ثبت فى (ب) قوله.

(٤) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠١٣)، وانظر بلغة السالك (٢/ ٢٧٦).

(٥) ثبت فى (ب) تأثير.

فإنها تكون حبساً^(١) فى الوجه الذى جعله فيه وإن لم يذكر له وجهاً بل قال: حبس فقط صرف فى وجوه البر والخير، فأما الحكم فى تأييده فينظر فلإن لم ينضم إلى ذلك أن يقول: وقف لاتباع ولا توهب أو غير ذلك مما يفيد التأيد وكانت على معين أو جماعة بأعيانهم غير مجهولين ولا موصوفين مثل أن يقول: حبس على فلان لرجل بعينه أو على قوم بأعيانهم ولم يذكر عقباً ولا نسلاً فقد اختلف قوله فى ذلك هل يتأبد أم لا فيه روايتان^(٢): إحداهما أنه لا يتأبد ويصرف أولاً فى الوجه الذى جعله فيه [فإذا زال عاد ملكاً له إن كان باقياً أو لورثته إن كان ميتاً، والأخرى أنه يتأبد فيصرف أولاً فى الوجه الذى جعله]^(٣) فيه فإذا انقرض عاد حبساً إلى أقرب الناس بالمحبس عليه، فإن لم يكن له قرابة عاد إلى الفقراء والمساكين، فأما إن انضم إلى لفظ الحبس فى المعنيين^(٤) بعض ألفاظ^(٥) التأيد مثل أن يقول حبس وقف أو محرم أو مؤبد أو لا تباع ولا توهب أو جعل إطلاق لفظه فى مجهولين أو موصوفين كالفقراء والعلماء أو بنى تميم^(٦) أو فلان وعقبه أو على ولدى وعقبهم ولم يعين ولا ذكر مرجعاً فلا يختلف المذهب فى هذين الوجهين أنهما يفيدان التأيد والتحريم، فأما لفظ الصدقة وهو أن يقول هذه الدار صدقة على فلان فإنه على وجهين: أحدهما أن يريد تملكه الرقبة والآخر أن يريد الحبس فإن أراد المتصدق تملك الرقبة جاز وكان ملكاً للمتصدق عليه كالهبة، وإن أراد معنى التحيس فذلك على وجهين إن كان على رجل معين أو قوم معينين غير مجهولين ولم يذكر عقبى ففيها روايتان على ما بيناه فى لفظ الحبس:

إحداهما أنه لا يتأبد فيصرف أولاً فيمن نص عليه فإذا انقرض ذلك الوجه عادت ملكاً، والأخرى أنها تتأبد فتصرف فى الوجه الذى جعلت فيه فإذا انقرض عادت إلى الفقراء والمساكين، وأما إن جعلها فى قوم مجهولين أو موجودين لا يحاط بعددهم كبنى تميم وبنى تغلب أو على موصوفين كالعلماء والفقراء أو شرط فى المعنيين أعقابهم فإنها تتأبد ولا تكون ملكاً وكذلك ذكر ابن عبد الحكم^(٧) عن بعض أصحابنا فى هذا إذا قال

(١) ثبت فى (١) حبساً.

(٢) ذكرهما ابن عبد البر: انظر الكافى لابن عبد البر (١٠١٣/٢).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٤) ثبت فى (١) فى الهيئتين.

(٥) ثبت فى (١) لفظ.

(٦) بنى تميم: سقطت من (ب).

(٧) ما أثبتناه من (١) وفى (ب) ابن عبدوس.

صدقة على فلان وعقبه ما عاشوا ولم يقل حبساً أنها تكون ملكاً لآخر عقيب من رجل أو امرأة ويتصرف فيه بما شاء من بيع أو غيره قال وأكثر أصحابنا يرونه حبساً وهذا الذى قاله ليس بشيء والصحيح أنها تكون حبساً، وأما إذا أطلق لفظ الصدقة ولم يضم إليه ما يقتضى معنى الحبس لا من لفظ التأييد ولا من صفات المتصدق عليهم فلا يكون معنى الحبس لأن ظاهر الصدقة تقتضى عليك الرقة، وإنما ينصرف إلى الحبس بقريته تنضم إليه، فأما إن جمع بين لفظ الحبس والصدقة فقال هذه الدار حبس صدقة أو قال حبس فإن ضم إلى ذلك لا تباع ولا توهب أو قال محرمة أو مؤبدة أو وقف فلا يختلف المذهب إنما تتأبد بذلك، وإن لم يقل إلا حبساً صدقة أو صدقة حبساً ولا ذكر مجهولين ولا عقبى فاختلف أصحابنا فى تخريج قول مالك فيها: فمنهم من قال إنها على روايتين كقوله حبساً فقط ومنهم من قال على رواية واحدة إنها ترجع حبساً ولا تعود ملكاً هذه جملة مما ذكره أصحابنا فى الفاظ الحبس والوقف ونحن نتكلم على تفصيلها.

فصل

قد بينا أن لفظ الوقف يفيد بمجرد التحريم والتأييد، ووجه قوله فى الحبس المطلق على المعنيين أنه يرجع ملكاً هو أن مجرد لفظ التحييس لا يقتضى التأييد والتحريم لا من لفظه ولا من معناه لأن لفظه مجرد على التحريم ومعناه أن^(١) المنفعة لمن جعلت فقط حبس عليهم لا تخرج عنهم فأما تحريمها بعد انقراضهم لأنه مما لا يستفاد به فإذا كان كذلك وجب عودها ملكاً للمحبس [لأنها على أصل ملكه لزوال الحق الذى يتعلق بها فإذا وصفت بالتأييد والتحريم]^(٢) فقد انضم إلى لفظه ما دل على المراد به فلذلك قلنا إنه مؤيد وكذلك إذا جعل على مجهولين أو موصوفين فإنه يقوم مقام التأييد والتحريم ويدل على أن المحبس أراد ألا يرجع ملكاً لأنه ملك منفعتها لمجهولين لا يحاط بعددهم ولا يعلم انقراضهم وكذلك الموصوفين بصفة لأن ذلك ينتظم الموجودين والمعدومين فدل هذا على أنه قصد بذلك التحريم.

ووجه قوله أنها تكون حبساً محرمة قوله ﷺ لعمر رضى الله عنه «حبس الأصل وسبل الثمرة»^(٣) وموضع التعلق منه أن عمر أراد أن يتصدق بالأصل صدقة تبتدأ وهى

(١) ثبت فى (١) لأن.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٣) تقدم تخريجه.

تمليك رقبته فأشار عليه بأن يحبس أصله ويسبل الثمرة، فدل على أن الأصل يتأبد تحريمه ولو لم يكن كذلك لم يكن الغرض حاصلاً لأنه كان يعود إلى ملكه فيبطل غرضه في التصديق به، ولأن إطلاق القول أن هذا حبس منافعه على التأييد مستحقة لأنه لم يقيد ذلك بوقت دون وقت فكان الإطلاق مقتضياً للتأييد وليس يخرج عن ذلك بيانه لمن حبست عليه أن يقول حبس على فلان لأن ذلك لا يفيد تقييد الحبس^(١) وإنما يفيد التبدلة فقط، ولأنه لفظ يقتضى التحسيس فوجب أن يستحق التأييد بإطلاقه، أصله لفظ الوقف، ولأن لفظ حبس مطلق فوجب أن يقتضى التحريم، أصله إذا كان على مجهولين.

فصل

وأما لفظ الصدقة فلإن أراد به وجه الحبس [فقد بينا أن الاختلاف فيه كهو في لفظ الحبس]^(٢) فوجه القول بأنه لا يتأبد أن إيجابه التصديق بالمنفعة^(٣) على زيد أو ولده المعينين أو في وجه كذا لا يوجب التحريم لا من لفظه ولا من معناه وإنما يقتضى تبقيته ما دام الوجه صرف فيه باقياً فإذا زال عاد إلى ملكه بالأصل، ووجه القول بأنه يوجب التأييد أن إطلاق لفظ التصديق به يفيد التخلي منه فكان كالوقف.

فصل

فأما إذا جمع بين اللفظين^(٤) فوجه القول بأنه لا يتأبد أن ذلك مبني على أن كل واحد بانفراده غير متأبد، فإذا جمعهما لم يتم جمعه بهما التأييد لأن الجمع بين اللفظين لا يجعل لهما حكماً يخالف حكم الانفراد، ووجه القول بالتأييد أن فائدة التأييد تحريم المحبس وتأييده كقوله: لا يباع ولا يوهب.

فصل

وإنما قلنا إنه إذا جعله في قوم مجهولين أو موصوفين أن ذلك يكون على التأييد فلأن غير المحرم إنما يعود إلى المحبس بشرط انقراض المحبس عليهم فإذا صرفه إلى

(١) ثبت في (١) الحق.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) ثبت في (١) بالنصف.

(٤) ثبت في (ب) الوصفين.

المجهولين علمنا أنه أراد التأييد بأنه لا يعلم انقراضهم وكذلك الموصوفون لأن ذلك ينتظم المعدوم والموجود وذلك يقتضى تعلق حقهم به ما أمكن وجودهم وكذلك^(١) العقب يقتضى التأييد إلا أن يكون أصله معيناً فإنه يتعين بتعيين أصله.

وإنما قلنا إنه إذا قال هذه الدار حبس ولم يعين الوجه الذى تصرف فيه فإنها تصرف فى وجوه الخير والبر لأن الحبس والوقف يراد به وجه الله تعالى والقربة إليه وذلك يتعين بتعيينه فإذا لم يعينه كان مطلقاً فيها ولم يجز إبطاله لأنه لو صرح بذلك لكان هذا حكمه.

ومن شرط الحبس والوقف أن يخرج من يده فى صحته فإن أقام فى يده حياته أو إلى مرضه الذى مات فيه فإنه يبطل ويكون ميراثاً إلا أن يكون أخرجه عن يده مدة يسيرة فيها ثم أعاده إلى نظره فكان يصرف غلاته فى وجوها ويقوم بها فإن ذلك لا يبطل الحبس.

وإنما قلنا ذلك لحديث أبى بكر رضى الله عنه أنه كان نحل عائشة رضى الله عنها جذاذ عشرين وسقاً فلم يقبضه حتى مرض مرضه الذى مات منه فقال لها: لو كنت حزتيه لكان لك، وإنما هو اليوم مال الوارث^(٢)، ولأن ذلك طريق إلى أن ينتفع الإنسان بماله فى حياته ويخرجه عن ورثته بعد موته فلا ينفع الحجر عليه شيئاً فأما إن عاد إليه فكان يليه ويصرف غلاته فى وجوها وسبلها^(٣) فإنه لا يبطل لأن التهمة تزول عنه إذا كان أخرجه عنه مدة بينة وأشهر^(٤) أمره، ولا حد لهذه المدة إلا ما يعلم فى مثله أنه لم يقصد انتفاعه بالمال^(٥) حياته وأدوا ورثته عنه، وابن القاسم يحد فيه سنة لأنها مدة وضعت للاختبار كإقامة البكر عند الزوج العنين وعهدة السنة، وكان شيخنا أبو بكر [رحمه الله]^(٦) يقول: القياس ألا يصح رجوعه إلى يده طالته المدة أو قصرت.

وإنما قلنا إنه إذا كان المحبس عليه من هو فى ولايته فإن قبضه له قبض وكذلك الهبة

(١) ثبت فى (ب) ذلك.

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٢٩٥/٦) ح (١٢٠٠٤).

(٣) ثبت فى (ب) وسبلها.

(٤) ثبت فى (أ) وأشهر.

(٥) ثبت فى (ب) بالملك.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

لأنه ليس من أهل القبض لنفسه والنظر لها فكان قبض وليه قبضاً له فلا يجوز أن يمكن ما وقفه على ولده الصغير لأن ذلك ذريعة إلى أن يتتفع بماله حياته ثم يخرج به عن ورثته بعد موته فوجب حسم الباب بمنعه.

فصل

وإنما قلنا إن المحبس المتأبد إذا انقرض الوجه الذي جعل فيه عاد إلى أقرب الناس بالمحبس لأن الصدقة على الأقارب أولى منها على الأبعاد، وقد قال ﷺ: «لا يقبل الله صدقه وذو رحم محتاج»^(١)، وقال لأبي طلحة: «اجعلها في الأقربين»^(٢)، وقال ﷺ: «خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وإبدأ بمن تعول»^(٣).

فصل

الوقف في الصحة من رأس المال وفي المرض أو الوصية من الثلث^(٤) لأن الصحيح لا يتعلق عليه حجب^(٥) لأحد في ماله ولا الوارث ولا غيره فكانت عطاياه وهباته من رأس المال، والمريض محجور عليه من أجل ورثته فما يفعله موقوف على الثلث بعد موته لأنه ليس له أن يخرج عنهم زيادة على الثلث بعد موته لأن ذلك تقدير ما جعل له، وإنما لم يحكم بتنجزه من الثلث في الحال لجواز أن يتلف الثلثان الباقيان ويموت هو عن هذا المقدار فقط لأن الاعتبار ما يتركه بعد الموت لا قبله فيؤدي إلى أن يكون الوصايا قد نفذت قبل حصول الثلثين للورثة وذلك غير جائز.

فصل

ووقف الإنسان على نفسه لا يصبح^(٦) خلافاً لما يحكى عن أبي يوسف^(٧) لأنه إذا

(١) لم أجده.

(٢) أخرجه البخاري في الزكاة (٣/٣٨١) ح (١٤٦١)، ومسلم في الزكاة (٢/٦٩٣) ح (٩٩٨/٤٢).

(٣) ذكره البخاري معلقاً انظر فتح الباري (٥/٤٤٣) مختصراً ومسلم في الزكاة (٢/٧١٧) ح (١٠٣٤/٩٥) واللفظ له بتمامه.

(٤) انظر المدونة (٤/٣٤٤)، وذكره ابن عبد البر في الكافي. انظر الكافي لابن عبد البر (٢/١٠١٥)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٨٢).

(٥) ثبت في (ب) حجه.

(٦) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٨٠)، انظر بلغة السالك (٢/٢٨١).

(٧) قال الشيخ مرغيناني: وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جار عند أبي يوسف. انظر الهداية (٣/٢٠)، انظر غرر الأحكام لمن لا خسران (٢/١٣٦).

ملك شيئاً بضرب من ضروب الملك لم يملك نقله إلى نفسه بغير ذلك الوجه، أصله إذا وهب لنفسه شيئاً من ماله.

فصل

وإن وقف فى مرضه أو وصيته شيئاً على ورثته خاصة دون غيرهم لم يصح ذلك وكان ملكاً للورثة لأن ذلك يجرى مجرى الوقف على نفسه ولأنه يوقف^(١) عليهم ملكهم ويمنع التصرف فيه وذلك غير جائز فيه، وإن وقف على بعضهم لم يجز أيضاً، فإن دخل معهم أجنب نفذ^(٢) الوقف من الثلث وقسم نصيب الورثة على الشرط الذى شرطه وأخذ الأجنب حقوقهم، وإنما يصح الوقف إذا دخل فيه الأجنب لأنه قد وقفه على من يصح الوقف عليه ولم يرد تفضيل بعض الورثة على بعض.

وإذا وقف على بعض ورثته وعلى أجنب كان ما يصيب الوارث بينه وبين باقى الورثة، ومن مات من الورثة، الذين لم يدخلهم فى الوقف قام وارثهم مقامهم لأنه لا يرث عنه جميع حقوق المال التى كانت له فإذا مات الوارث الموقوف له انقطع حق باقى الورثة فيما كان يصيبه خاصة فإذا مات جميع الورثة الموقوف^(٣) عليهم انقطع حق باقى الورثة جملة وحصلت بغير الورثة.

فصل

إذا حبس على جماعة شيئاً ثم جعله فى وجه آخر بعد انقراضهم فمات بعضهم: فإن كان ذلك الشيء مما يتجزأ أو ينقسم كالغلة والثمرة وما أشبه ذلك فإن حصة الميت تكون فى الوجه الذى جعل فيه بعد انقراضهم ولا يرجع على من بقى من أهل الحبس وإن كان مما لا ينقسم كالعبد يُخدم والدابة تُركب ففيها روايتان: إحداهما أنه كالذى ينقسم [ترجع حصة الميت إلى الوجه الذى نفذه]^(٤)، والأخرى أنه ترجع حصة من مات من أهل الوقف على من بقى منهم فإذا انقرض جميعهم صارت إلى الوجه الذى بعدهم^(٥).

(١) ثبت فى (١) ولا يوقف.

(٢) ثبت فى (١) بعد.

(٣) ثبت فى (ب) الموقوف.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٥) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى (٢/١٩٠)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير

(٨٦/٤).

وإنما قلنا إنه إذا كان مما يتجزأ وينقسم فإن حصة الميت لا تعود إلى من بقى من أهل الحبس لأن كل واحد منفرد عن حق الآخر لا تعلق به وكان موته فى وجوب عود نصيبه إلى من بعده كموت الجميع، ولأن الحبس لا يورث بالشركة فلو قلنا: إن حصة الميت تعود إلى من بقى من غير شرط المحبس لذلك لكان كالميراث، ووجه قوله فيما لم ينقسم أن حصة الميت لا تعود إلا من معه^(١) منهم اعتباراً بما يقسم، [ووجه قوله]^(٢) إنها تعود إلى من كان معه فى الحبس أن الضرر يحصل فى ذلك لسوء المشاركة بخلاف التميز والاول أقيس.

وإن كان الحبس مسكنًا فإنه على وجهين إن حبس عليهم للغلة فعلى ما ذكرناه من التميز المنقسم وإن كان للسكنى فعلى الخلاف.

إذا أسكن إنساناً داره إلى مدة معلومة فقد ملك المسكن الانتفاع بتمليك المدة وليس للمالك الرجوع فيه فإن مات [الرجل المحبس عليه فبقيت السكنى إلى المدة لورثته لأنه مات]^(٣) عن حق له يصح الإرث فى نوعه فورثه وورثته كما لو كان على معاوضة، وتقيد به بالنوع احترازاً من الوطاء، وإن دفع صاحب الدار إليه شيئاً على أن يدع السكنى جاز لأن ذلك ليس بمعاوضة وإنما انتقال من هبة إلى هبة ولأن الأصل الإسكان قرينة والقربة قد سُمح فيها عما غلظ فى المعاوضة كجواز الشركة والتولية فى بيع الطعام قبل القبض وكذلك القرض والهبة وبيع المكاتب كتابته بما لا يجوز بيعها من الأجنبى وما أشبه ذلك لحزمة العتاقة وأنه ليس القصد محض المعاوضة وإنما القصد كمال الحرية والرفق بالعبد كذلك ها هنا.

فصل

وإذا أطلق الحبس ولم يشترط تقديمًا ولا تبدياً فإن يؤثر فى الإسكان والقسمة^(٤) أهل الحاجة^(٥) لأن أصل الحبس إنما يقصد به القرينة والثواب لسد الخلة ودفع الحاجة لأصل

(١) ثبت فى (١) بقى.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) ما أثبتناه من (ب، هـ) وهو المناسب وفى باقى النسخ (والقيمة).

(٥) ذكره ابن عبد البر فى الكافى وقال: ومن حبس حبسًا ولم يجعل له وجهًا جعل فى وجوه البر والخير. انظر الكافى (١٠١٤/٢)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٨٨، ٨٧/٤).

الحبس فيجب أن يكون من اشتد حاجته أدخل في الاستحقاق ممن قل عنه، ولا يخرج من سكن لحدوث من هو أحوج منه لأن الأول سكن بحق فكان أحق بالحيازة والسبق فإن شرط للحبس تقديمًا أو تبدياً كان ما شرطه.

فصل

إذا حبس دارًا فسكن بيتًا صغيرًا أو شيئًا يسيرًا منها أو دورًا عدة فسكن دارًا منها يسيرة فيما بقى جاز الحبس كله ما يسكن وما لم يسكنه [وإن سكن شيئًا كثيرًا بطل الحبس ما سكنه وما لم يسكنه]^(١)، وقال ابن القاسم يجوز ما لم يسكنه ويبطل ما سكنه ولم يفرق في الموضوعين بين القليل والكثير وقيل يبطل الجميع^(٢).

فوجه القول بأنه لا يبطل إذا كان سكنًا يسيرًا هو أن ذلك لا تهمة فيه أن يكون أراد الانتفاع بماله حياته وصرفه عن ورثته بعد موته لأن القدر الذي يتفجع به يسير الخطب كاللبن يشربه من غنم يحبسها أو التمر اليسير يأكله من حائط يحبسه، ولأن سكناه في الغالب لمراعاته وحفظه والنظر في مصالحه.

ووجه القول بأنه ينفذ ما لم يسكن ويبطل ما سكن لأن ما سكن لم يحز عليه فلم ينفذ حبسه عليه، وما لم يسكنه فقد حيز عليه فزالت التهمة فيه فوجب نفوذ الحبس فيه، ووجه منع الجميع أن الحبس إذا كان واحدًا بطل جميعه بطلان بعضه لأن حكمه واحد غير متبعض.

فصل

العمرى^(٣): هبة منافع الدار عمر الرجل مدفوعة إليه وليست بتمليك الرقبة، وصفتها: أن يقول رجل لرجل: أعمرتك هذه الدار أو أسكنتكها حياتك أو عمرك أو

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافي (١٠١٨/٢)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٨٢/٤).

(٣) العمرى في اللغة: العمرى بضم العين نوع من الهبة مأخوذ من العمر قال أبو السعادات: يقال أعمرت الدار عمرى أى: جعلتها له يسكنها مدة عمره فإذا مات عادت إلى كذا كانوا يفعلونه في الجاهلية. انظر المطلع على أبواب المقنع للشيخ شمس الدين البعلى (ص ٢٩١)، انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٩٥/٢).

وفى الاصطلاح: قال الشيخ ابن عرفة الدسوقي: العمرى تمليك منفعة حياة المعطى بغير عوض =

مدة بقائك أو منحتكها أو ما أشبه ذلك من الألفاظ التي يفهم منها تملكه المنافع عمره، وهذا لم يملكه رقبة الشيء وإنما ملكه المنافع فما دام المعطى حيًا فالمنافع له بقى المالك أو مات، وإن مات المعطى عادت إلى المالك إن كان حيًا أو إلى ورثته إن كان ميتًا ميراثًا كسائر تركاته وعند الشافعي أن المعمر يملك رقبة الدار إذا^(١) أعمارها^(٢).

ولما قلنا ذلك لأن المعمر لما شرط للمعطى أن تكون له عمره علمنا أنه أراد تملك الانتفاع لأن تملك الرقبة لا يصح إلا على التأييد دون اشتراط العمر لأنه لو قال ملكته هذه الدار عمرك أو حياتك أو مادمت حيًا لم يصح ذلك ولم يملكها فعلم بتوقيته إياها بالمدة أنه أراد السكنى دون الرقبة وهذا إذا قال: أعمرتك ولم يذكر العقب، فأما إن قال: لك ولعقبك فإنها تكون للمعمر حياته فإذا مات كانت لورثته أبدًا ما بقى من عقبه إنسان فإذا انقرض عقبه ولم يبق منهم أحد عادت إلى المالك إن كان حيًا أو إلى ورثته إن كان قد مات^(٣) على ما بيناه.

= إنشاء. وقال الشيخ الأبي: هي هبة منافع الملك مدة عمر الموهوب له أو مدة عمره وعمر عقبه لا هبة الرقبة. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاص: (٢/ ٥٥٠)، انظر الثمر الداني (ص ٥٥٨). (١) ثبت في (١) إلى.

(٢) ذكره الإمام النووي وقال: قولان أظهرهما وهو الجديد أنه يصح وله حكم الهبة، والقديم أنه باطل. وقيل: إن القديم: أن الدار تكون للمعمر حياته فإذا مات عادت إلى الواهب أو ورثته. انظر روضة الطالبين (٥/ ٣٧٠). وقال الشيخ محمد بن عبد الرحمن الدمشقي: هو أحد قولي الشافعي. انظر رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (ص ٣٥٨).

(٣) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ١٠٢١، ١٠٢٢)، انظر الثمر الداني (ص ٥٥٧، ٥٥٨)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٠٨).

باب

عقد الصدقة والهبة^(١) يصح ويلزم من غير قبض، لكن القبض شرط فى نفوذه وتماه، فإن قال تصدقت عليك بهذا الثوب أو العبد أو الدار أو غير ذلك من الأملاك، أو وهبته لك ولم يرد بالهبة عوض الثواب فقال قد قبلت منك فقد انعقد وليس للواهب ولا للمتصدق الرجوع فيه ويلزمه إقباضه^(٢) للموهوب له أو التصديق عليه إذا طالبه ويجبر على ذلك إن امتنع منه، ولا يبطل العقد بتأخير الإقباض فإن مات^(٣) المقبوض له أو المتصدق عليه وهو على المطالبة بالإقباض غير مترخ فى ذلك ولا راض بتبقيتها فى يد الواهب أو المتصدق لم يبطل بموته ولورثته من المطالبة مثل ما كان له وإن تراخى الموهوب أو المتصدق عليه فى المطالبة بالإقباض أو أمكنة قبضها فلم يقبضها حتى مات الواهب أو مرض بطل ولم يكن له شىء، وقال أبو حنيفة^(٤) والشافعى^(٥) لا تنعقد إلا بالقبض وما لم تقبض تكون جائزة غير لازمة^(٦).

وإنما قلنا ذلك لقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وقوله ﷺ: «الراجع فى

(١) الهبة فى اللغة من وهب وهباً وهباً وهبة والموهبة العطية. انظر القاموس المحيط لسفروزآبادى (١/١٣٨).

وفى الاصطلاح: قال الشيخ ابن عرفة الدسوقي: الهبة لا لثواب تمليك ذى منفعة لوجه المعطى بغير عوض. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاص (٢/٥٥٢).
وقال: الشيخ أحمد الدردير: الهبة: تمليك بلا عوض. انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٩٧).

والصدقة تمليك ذى منفعة لوجه الله بغير عوض. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاص (٢/٥٥٤).
انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٩٧).

(٢) ثبت فى (ب) اقتضاه.

(٣) فإذا مات: سقطت من (أ) فى (هـ): وإن مات الموهوب له.

(٤) ذكره الشيخ المرغينانى، انظر الهداية (٣/٢٥١)، انظر الاختيار للموصلى (٢/٣٠١).

(٥) قال الإمام النووى: لا يحصل الملك فى الموهوب والهدية إلا بقبضهما هذا هو المشهور وفى قول قديم: يملك بالعقد كالوقف، وفى قول مخرج الملك موقوف فإن قبض تبيناً أنه ملك بالعقد.
انظر روضة الطالبين (٥/٣٧٥)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/٥٩٨).

(٦) ثبت فى (ب) تكون جائزة غير لازم.

هبة كالمراجع فى قيئه^(١) ولم يفرق بين الرجوع قبل الإقباض أو بعده، ولأنه عقد من العقود فلم يفتقر انعقاده إلى قبض العقود عليه، أصله سائر العقود، ولأنها عطية فلم يفتقر انعقادها إلى قبض كالوصية.

فصل

إذا تصدق على ولده الصغير أو وهب له فحيازته له جائزة إذا كان قد ميز الصدقة أو الهبة وأشهد عليها^(٢) لأنه هو القابض له إذ الصغير ليس ممن يصح قبضه ولا بد من قابض له، وإنما شرطنا أن يميز ذلك ويشهد عليه لتثبيت له الصدقة أو الهبة بغير قول الأب وإلا تطرق منه الوصية للوارث، وهذا إذا كان مما يمكن أن تعيينه والإشهاد عليه، فأما ما لا يمكن ذلك فيه ما لا يتعين كالذهب والفضة والطعام وسائر المكيل والموزون فلا يصح قبض الأب له لأنه لا يمكن الإشهاد على عينه لأنه لا يتميز للشاهد وقت إقامة الشهادة لإمكان أن يكون ما شهد به غير الذى أشهد عليه فإن جعلها على يد أجنبى يكون قابضاً لهم جار.

قال شيخنا أبو بكر ويعجور أن تكون بيد الأب إذا جعلها فى شىء وختم عليها وأشهد عليها لأنها تتميز ويمكن الشهادة عليها فيكون كالعبد والثوب وما يتميز عينه^(٣).

فصل

تصح هبة المشاع كما تصح هبة المقسوم وتجبور من الشريك وغيره فيما تتأنى قيمته وفيما لا تتأنى [خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إن المشاع الذى يمكن فيه قسمة لا تصح هبته^(٤)] على وجهه، ولأن كل مشاع جار^(٥) يبعه جازت هبته كالمقسوم، ولأن كل عقد

(١) أخرجه النسائى فى الهبة (٢٢٢/٦) باب (رجوع الوالد فيما يعطى ولده وذكر اختلاف الناقلين للخير فى ذلك)، وابن ماجه فى الهبات (٧٩٥/٢) ح (٢٣٧٧).

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الكافى، انظر الكافى (١٠٠٣/٢)، انظر الثمر الدانى للشيخ الآبى (ص ٥٥٦/٥٥٥).

(٣) ثبت فى (١) به.

(٤) أما هبة المشاع فيما لا يقسم جائزة. انظر الهداية للمرغينانى (٢٥٢/٣)، انظر الاختيار للموصلى (٣٠٣/٢).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٦) ثبت فى (ب) كل ما جار.

صح فى المشاع الذى لا ينقسم [صح فى الذى ينقسم]^(١) كالبيع .

فصل

إذا تصدق على ولده الصغير بجزء مشاع من أرض أو دار وأشهد عليه ففيه روايتان: إحداهما جواز الصدقة^(٢) والأخرى بطلانها^(٣)، والهيئة مثل الصدقة فوجه الجواز أن العين الموهوب بعضها مما يتعلق ويمكن الإشهاد عليها فالمشاع منها فى حكم المقسوم، ووجه المنع أن نفس الموهوب غير متميز ولا معين فأشبهه المنفرد الذى لا يتعين والاول أصح .

فصل

الهيئة على ضربين: ضرب منها يقصد بها الثواب، والآخر لا يقصد بها الثواب بل يكون على وجه المودة والمحبة وصللة الرحم، فأما الضرب الاول الذى يقصد به المكافأة والعوض فحكمه حكم المعاوضات ويراعى فيه ما يراعى فى البيع ولا يفارقه إلا فى وجه واحد وهو السكوت عن البذل فيه وعن مقداره فأما ما عدا ذلك من أحكامه فإنه يجرى مجرى سائر المعاوضات .

وإنما قلنا إنها جائزة على هذا الوجه لأنها تفعل على وجه المودة، وإيثار المكارمة والمواصلة وإن كان المقصود به المكافآت ففعلها على هذا الوجه له تأثير فى التودد والتحبب فكانت فى معنى نكاح التفويض فى المسامحة بترك ذكر العوض ومقداره، وروى أن النبى ﷺ أثاب على اللقحة^(٤) وطلب صاحبها الثواب فلم ينكر^(٥) عليه بل أنكر سخطة الثواب وكان رائداً على القيمة^(٦)، فأما الضرب الآخر الذى لا يقصد به الثواب فلا يستحق عليه ثواب ولا مكافآت لأن الواهب لم يرد ذلك وإنما أراد التملك بغير عوض .

(١) ما بين معكوفين سقط من (١) .

(٢) ذكره ابن عبد البر . وقال: وبه آخذ إذا كان حقيراً . انظر الكافى لابن عبد البر (١٠٩/٢) .

(٣) ذكره ابن عبد البر . انظر الكافى لابن عبد البر (١٠٩/٢) .

(٤) اللقحة . الناقة للخلوب أو التى تنجت لقوح إلى شهرين أو ثلاثة ثم هى لبون . انظر القاموس

المحيط للفيروزآبادى (٢٤٧/١) .

(٥) ثبت فى (١) فلم يطلب .

(٦) أخرجه الترمذى فى المناقب (٥/ ٧٣٠) ح (٣٩٤٥)، والحاكم فى المستدرک (٢/ ٦٢) .

فصل

فإن اختلفا فادعى الواهب أنه وهب للثواب وقال الموهوب له بل لغير الثواب فالمرجع في ذلك إلى أحد أمرين: إما إلى شرط إن كان بينهما فإن اعترف به الموهوب له لزمه وإن أنكره فالقول قول الواهب إذا أشكل وتحاكما فيه إن كان يشبهه، وإن كان لا يشبهه، فالقول قول مدعى الأشبه منهما^(١).^(٢)

والقسم الآخر الذى يرجع فيه إليه وهو العرف فينظر: فإن كانت العادة والعرف أن الواهب يرى أنه يريد الثواب وأن مثله إنما يهب مثل ذلك الموهوب لعوض^(٣) يناله منه أو مكافأة^(٤) فالقول قوله وذلك مثل هبة الفقير للسلطان والغنى^(٥) وما أشبه ذلك فالعادة فى هذا أنه يريد منه المكافآت، وأما هبة الغنى للفقير والسلطان لاتباعه والرجل يهدى إلى العالم والصالح فالعرف فى مثل هذا أنه للمودة لا للثواب.

وأما النظر أو الأمثال فعلى حسب ما يعلم من دلائل الحال وعلى قدر الهبة^(٦) هل يقصد به الثواب أم هى مما يقبض فى العرف طلب الثواب فى مثلها، وعنه فى هبة أحد الزوجين للآخر روايتان: إحداهما أنها تقتضى الثواب لتمييز الملكين وإن المعاوضة مطلوبة بينهما، والآخرى أنها لا تقتضى الثواب لأن العرف جار بأن كل واحد يتقرب إلى الآخر بالهدية والهبة ويحب التودد إليه وإحراز الخطوة عنده^(٧).

فصل

إذا ثبت ما ذكرناه فمن وهب له شيء للثواب فهو بالخيار إذا قبل الهبة إن شاء أثاب فيها فما زاد وإن شاء ردها، فإن أثاب بقيمتها أو زيادة عليها لزم واهبها قبول ذلك ولا مقال له وإن قال: لا أرضى بقيمتها، وإن أثاب دون القيمة فالواهب بالخيار إن شاء قبلَ

(١) منهما: سقطت من (ب).

(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (١٠٠٦/٢).

(٣) ثبت فى (ب) بغرض.

(٤) ثبت فى (١) مكافآت.

(٥) ثبت فى (ب) الاغنياء.

(٦) ثبت فى (١) الهدية.

(٧) ذكره فى المدونة، انظر المدونة (٣٣٩/٤)، انظر الكافى لابن عبد البر (١٠٠٦/٢).

الثواب وإن شاء رده وارتجع هبته، فإن فانت عند الموهوب منه لزمه قيمتها، والفوت مثل الحمل والموت أو العتق أو نقص فى البدن، وقد اختلف عنه فى زيادة الجسم أو السوق، فعنه فيه روايتان: إحداهما أنه فوت والأخرى أنه ليس بفوت، ولا تفتقر هبة الثواب إلى حياة^(١).

فصل

وإنما قلنا إن الموهوب مخير بين الإثابة أو الرد لأنها معاوضة فلا يلزمه إلا باختياره إذا لم يتعلق بها حق الغير كسائر المعاوضات، وإنما قلنا إنه إذا قبلها لزمه الثواب فلأن الواهب ملكه إياها بشرط العوض إما لفظاً أو عرفاً فلزمه ما دخل عليه كالبيع، وإنما قلنا إن الثواب ما يتراضيان به اعتباراً بنكاح التفويض لأنه عقد يشترك فيه العوض وطلب المودة والمواصلة فسموح^(٢) فيه بترك تسمية العوض فكذلك الهبة إذا سكتنا عن ذكر العوض فوقف على تراضيهما، وإنما قلنا إنهما إذا لم يتراضيا فالموهوب مخير إن شاء أثاب عنها القيمة وإن شاء ردها، وأنه إذا أثاب القيمة لزم الواهب قبولها، اعتباراً بنكاح التفويض [فى تخيير الزوج إذا لم يتراضيا على فرض ببذل صداق مثل الذى هو قيمة البضع أو الطلاق وكذلك فى الهبة، وإنما قلنا إنه لا يلزمه إرضاءه بما يزيد على القيمة اعتباراً بالتفويض على ما بيناه]^(٣).

وإنما قلنا إنه لا يراعى عرف فى مكافآت مثل تلك الهبة خلافاً للشافعى فى بعض أقواله^(٤)، لأنه لا مدخل للعرف فى المكافآت إذ ليس فيها حد يرجع إليه لأن الملك العظيم قد يثيب على هدية تساوى مائة ألف وقد يثيب عشرة آلاف، وما بينهما وقد كان يحلو الموهوب فى نفسه فيزيد فى المكافآت عليه وكذلك غيره ممن يكافئ تختلف مكافآت بحسب حلاوة الموهوب فى نفسه ومحبته بنفع مهديه^(٥) إليه فبطل اعتبار العرف فى ذلك

(١) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (١٠٠٦/٢).

(٢) ثبت فى (ب) فسوغ.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) قال الشيخ الشيرازى: إن وهب لمن هو أعلى منه فقيه قولان قال فى القديم: لم يلزمه أن يثيبه عليه بعوض لأن العرف فى هبة الأدنى للأعلى أن يلتزم به العوض فصير كالمشروط. وقال فى الجديد: لا يجب لأنه تمليك بغير عوض فلا يوجب المكافأة بعوض. انظر المهذب للشيرازى (٤٤٧/١)، انظر معنى المحتاج (٤٠٤/٢).

(٥) ثبت فى (ب) عهده.

وإنما قلنا لا يكفي أقل ما يقع عليه الاسم خلافاً للشافعي^(١) أيضاً، لأن العرف أن المهدى^(٢) إذا دخل على زيادة على القيمة أو على مقدارها أو يرتجى المواصلة والمكارمة فإن أثاب على هدية قيمتها ألف بعشرة^(٣) دراهم فإنه خلاف العرف الذي عليه دخل فلا يلزمه، وإنما قلنا إنه إذا فاتت لزمته قيمتها لأنه إذا كان ذلك هو الواجب عليه مع بقائها فكذلك فواتها وتأثير الفوت منع ردها فقط، وإنما كان العتق فوتاً لأنه لا يمكن ردها معه ولا فسخه والحمل ينقص قيمتها والموت عدها.

ووجه قوله في زيادة البدن والسوق أنه فوت واعتباره لتغير النقصان ووجه قوله أنها ليست بفوت أن ردها ممكن من غير ضرر يلحق أحدهما، وإنما قلنا: إنها لا تفتقر إلى حيابة لأنها معاوضة كالبيع، ولأن التهمة لا مدخل فيها كدخولها في هبة غير الثواب.

فصل

فأما الهبة التي لا يقصد بها ثواب ولا مكافآت فعلى ضربين:

ضرب يراد به المودة والمحبة، وضرب يراد به وجه الله تعالى من صلة الرحم وذلك كهبة الغنى للفقير واليتيم فهذا الضرب صدقة فحكمه حكم الصدقة فلا يجوز الرجوع فيه بوجه لا من أب ولا من غيره^(٤)، وإنما قلنا ذلك لأنه أخرجها عن ملكه على وجه القرية إلى الله تعالى وابتغاء وجهه لا لغرض دنيا فلم يجز له الرجوع فيه، وعلى ذلك دل قوله ﷺ لعمر رضى الله عنه لما سأله عن الفرس الذي حمل عليه في سبيل الله ثم رآه يباع: «لا تتبعه ولو باعكه بدرهم ولا تعد في صدقتك»^(٥)، وقوله ﷺ: «إنما الصدقة ليومها»^(٦) يريد يوم القيامة، ومن هذا هبة الغنى للفقير والهبة لصلة الرحم وما

(١) قال الشيخ الشيرازي: في قدر العوض ثلاثة أقوال: أحدها: أنه يلزمه أن يعطيه إلى أن يرضى. والثاني: يلزمه قدر قيمته. والثالث: يلزمه ما جرت العادة في ثواب مثله. لأن العوض وجب بالعرف فوجب مقداره في العرف. انظر المذهب للشيرازي (١/٤٤٨)، انظر مغنى المحتاج (٢/٤٠٤).

(٢) ثبت في (١) الموهوب.

(٣) بعشرة: سقطت من (١).

(٤) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافي لابن عبد البر (٢/١٠٧).

(٥) أخرجه البخاري في الهبة (٥/٢٧٨) ح (٢٦٢٣)، ومسلم في الهبات (٣/١٢٣٩) ح (١٦٢٠/١).

(٦) لم أجده.

كان بمثابة ذلك.

وإذا ثبت منع الرجوع فكذلك الانتفاع به لأنه ضرب من الرجوع إلا أن يشرب من ألبان الغنم يسيراً أو يركب الفرس الذى فى سبيل الله أو ما أشبه ذلك مما يقل خطره.

فأما الضرب الآخر وهو الهبة للمودة والمحبة فليس لأحد فيها رجعة إلا للوالدين فيما وهباه لولدهما فلهما اعتصاره ما لم يداين أو يتزوج أو يطأها إن كانت جارية أو يكاتبه إن كان عبداً أو ينفقه إذا كان مالاً أو يختلط بمثله إذا كان دراهم أو حنطة أو ما يكال أو يوزن أو يبعه فلا يكون للوالد سبيل إلى الارتجاع، وإذا كان الولد أيتاماً فلا عصرة للأم فيما وهبته، وليس لأحد رجوع فى هبته إلا [الوالدان]^(١) لا من قريب ولا من أجنبى لا جد ولا غيره من الأقارب^(٢).

فصل

وإنما قلنا إنه ليس للواهب سوى الوالدين الرجوع فى هبته خلافاً لأبى حنيفة فى قوله إن لهم ذلك^(٣)، قوله ﷺ: «لا يحل للرجل أن يعطى العطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده ومثل الذى يعطى العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب أكل حتى^(٤) شبع قاء ثم عاد فى قيئه»^(٥)، ولأنه لا يلى على ماله إلا بتولية، ويحد فى وطنه أمته فلا رجوع له فى هبته، أصله الابن إذا وهب للأب.

فصل

وإنما قلنا إن للأب أن يرجع فيما وهب لابنه خلافاً لأبى حنيفة فى منعه الرجوع^(٦)، للحديث الذى رويناه، ولحديث النعمان بن بشير أن أباه نحلته نحلأ وجاء إلى النبى ﷺ

(١) ثبت فى الأصل (الوالدين) والصحيح ما أثبتناه.

(٢) ذكره فى المدونة. انظر المدونة (٤/٣٣٦، ٣٣٧)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٠٤، ١٠٠٥).

(٣) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار للموصلى (٢/٣٠٥)، انظر الهداية للمرغينانى (٣/٢٥٥).

(٤) ثبت فى (١) إذا.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) هذا ليس مذهب الإمام أبى حنيفة وإنما مذهبه أنه يحل له الرجوع. قال الشيخ الموصلى: لا

يحل للواهب الرجوع من غير قضاء ولا رضا إلا الوالد فإنه يحل له ذلك عند الحاجة. انظر الاختيار للموصلى (٢/٣٠٥)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٦/١٢٨).

يشهده فقال: إني نحلته ابني هذا فقال: «أكل ولدك نحلته» قال: لا، قال: «فارجعه»^(١) فدل ذلك على أن للأب أن يرجع فيما وهب لابنه، ولأنها هبة لمن أضيف هو وماله إلى الواهب في الشرع إضافة الملك فكان له الرجوع فيها بوجه، أصله هبة السيد لعبده، ولأن الأب يختص مع الولد بما لا يوجد في غيره، وله شبهة في ماله ففارق الأجنبي.

وإنما قلنا إن للأم أن تعتصر^(٢) لمشاركتها في قرب الولادة ومباشرتها وإنما منعنا ذلك إذا كان الولد أيتاماً لأن الهبة للأيتام يراد بها وجه الله عز وجل كالصدقة، وإنما منعنا الاعتصار بعد التصرف لتعلق حقوق الغير بها دأين الولد فإن الغرماء دأينوه على المال الذي معه، فلو أجزنا للأب أخذه لكان غروراً لهم، وكذلك إذا تزوجت الابنة لأن للزوج حق في بقية مالها بيدها لقوله ﷺ: «تنكح المرأة لدينها ومالها»^(٣)، وللإتفاق على أنه لا رجوع له في البيع والعق وكذلك سائر التصرف، فأما اختلاطه بما لا يتميز فجار مجرى إتلافه^(٤) فبطل الرجوع فيه.

فصل

يكره أن يتناع الرجل صدقته ويرتجمعها بعوض أو هبة^(٥) لأنه ضرب من العود فيها، ولأن الموهوب له والمتصدق عليه قد يستحي منه فيسامحه في ثمنها أو يحط عنه ما لا يحط لغيره فيكون رجوعاً في ذلك القدر، وفي حديث عمر أنه وجد فرساً حمل عليه في سبيل الله^(٦) يباع فأراد أن يشتريه فنهاه رسول الله ﷺ وقال: «لا تبتهه ولو باعكه بدرهم ولا تعد في صدقتك»^(٧)، فأما إن مات المتصدق عليه فورثها المتصدق منه فلا بأس لأن ذلك ليس برجوع فيها ولا يتهم بأنه احتال فيه لأن الميراث يدخل في ملكه بغير صنعه، وفي الحديث أن امرأة وهبت لأمها وليدة فماتت الأم فورثتها الابنة فسألت

(١) أخرجه البخاري في الهبة (٥/ ٢٥٠) ح (٢٥٨٦)، ومسلم في الهبات (٣/ ١٢٤١) ح (١٦٢٣/٩).

(٢) قال الشيخ الرصاع: قال الشيخ رضي الله عنه: ارتجاع المعطى عطية دون عوض لا بطوع المعطى. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٥٥٩).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) إتلافه سقطت من (ب).

(٥) ذكره في الكافي. انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ١٠٠٨).

(٦) ثبت في (ب) في السبيل.

(٧) تقدم تخريجه.

النبي ﷺ عن ذلك فقال: «أجرت فى صدقتك، ورد عليك الميراث وليدتك»^(١)، وإذا ثبت أنه لا يجوز الرجوع فى الصدقة فالانتفاع بها ممنوع أيضاً على ما قدمناه^(٢).

فصل

ويستحب للإنسان أن يساوى بين ولده فى الهبة، وأن لا يخص بعضهم بشيء يفرد عن الآخر إلا ويكون مثله لغيره، فإن أعطى بعضهم شيئاً من ماله جاز وإن أعطاه كل ماله كره ذلك ولم يطل^(٣).

وإنما استحبنا فى الجملة أن يسوى بينهم فى العطية لقوله ﷺ فى حديث النعمان بن بشير لما نحل له أبوه شيئاً وأراد الشهادة عليه فقال ﷺ: «أكل ولدك نحلته مثل ما نحلته هذا» قال: لا، قال: «فارجعه»، وفى الحديث: «أحب أن يكونوا لك فى البر سواء»^(٤) ولأن ذلك يؤدى إلى العقوق وترك البر ويورث الحسد والضغن فوجب كراهيته لذلك، وهذا إذا وهب كل ماله، فإذا وهب البعض منه أو الشيء اليسير^(٥) بعينه فذلك جائز لأن أبا بكر الصديق رضى الله عنه وهب لعائشة رضى الله عنها من ماله^(٦)، والفرق بين البعض والكل أن فى البعض لا تتولد العداوة والبغضاء لأنه قد بقى ما يصير للولد الباقي إن كان الموهوب يسيراً، لا يكون جل ماله ولا قطعة مؤثرة فيه فيجرى حيثئذ معجى هبة الكل.

وإنما قلنا: إن وهب جميعه نفذ وإن كان مكروهاً خلافاً لأحمد بن حنبل وغيره فى منعه نفوذه^(٧)، لحديث أبى بكر رضى الله عنه واعتباراً بالأجانب.

(١) أخرجه مالك فى الموطأ فى الاقضية (٢/ ٧٦٠) ح (٥٤).

(٢) ثبت فى (ب) على ما بيناه.

(٣) ذكره ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٠٣).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) اليسير سقطت من (١).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) فعند الإمام أحمد رضى الله عنه: أنه تجب التسوية بأحد أمرين: إما رد ما فضل به البعض، وإما إتمام نصيب الآخر، وقال طائوس: لا يجوز التفصيل ولا رغب محترق به قال ابن المبارك وروى معناه عن مجاهد وعروة. انظر المغنى لموفق الدين (٦/ ٢٦٢).

فصل

يجوز أن يتصدق بماله كله في صحته وأن يهبه للظواهر والأخبار والترغيب في الصدقة، ولأن جماعة من الصحابة قد انخلعوا^(١) من أموالهم، وهذا إذا كان المتصدق له مال يرجع إليه من صناعة أو حرفة فيخلف منها ما لا يرده على نفسه، فأما إن كان لا يرجع إلى ما يقوته أو يقوت عياله إن كان ذا عيال فلا ينبغي له أن يمنع نفسه وعياله، وقد منع ﷺ سعداً أن يوصى بماله كله^(٢) إبقاء على ورثته، فإبقاء الإنسان على نفسه أولى، وقال تعالى: ﴿وَلَا تُنْسِ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا﴾ [القصاص: ٧٧].

فصل

من أخدم رجلاً حياته عبده جاز ذلك^(٣)، وقد اختلف عنه في نفقته على من تكون فعنه فيه روايتان: إحداهما أنها على مالك رقبته، والأخرى أنها على من جعلت له خدمته، فوجه الأولى من أن النفقة على المالك بالرق وتعلق حق الغير بمنافعه لا يوجب عليه نفقته كما لو أجره، ووجه الثانية أنه يملك نافعته دون سيده فكانت النفقة عليه كالزوجة لما ملك الاستمتاع بها ملك منافعتها ولا يلزم عليه الإجارة لأن العوض عنها قد أخذ منه والله أعلم.

(١) ثبت في (ب) انخلعوا.

(٢) أخرجه البخاري في الجنايز (١٩٦/٣) ح (١٢٩٥)، ومسلم في الوصية (١٢٥٠/٣) ح (١٦٢٨/٥).

(٣) انظر المدونة (٣٠٤/٤).

٣٨ كتاب الوصية^(١)

الأصل فى ثبوت الوصايا وتعلق الأحكام بها قوله تعالى فى آية الموارث: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ [النساء: ١١]، وقوله: ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف﴾ [البقرة: ١٨٠]، وقوله ﷺ: «ما حق امرئ له مال يريد أن يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده»^(٢). إذا ثبت ذلك فهى مندوب إليها للخبر الذى رويناه، ولأن فيها تحركاً واحتياطاً لأن الإنسان لا يدرك متى يأتيه أمر الله عز وجل، وقد يكون عليه حقوق يحتاج إلى التخلص منها فيجب أن يكون على استظهار من ذلك.

فصل

موضع الوصية الثلث، ولا يجوز الزيادة عليه إلا بإذن الورثة^(٣)، وإنما قلنا إن له أن يوصى بالثلث لحديث سعد قال: جاءنى ﷺ يعودنى من وجع اشتد بى فقلت: يا رسول الله بلغ منى الوجع ما ترى، وأنا رجل^(٤) ذو مال ولا يرثنى إلا ابنة لى أفأتصدق بثلثى مالى فقال: «لا» قلت فشطره، قال: «لا» فقلت فالثلث قال: «الثلث والثلث كثير إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»^(٥)، وقوله ﷺ: «إن

(١) الوصية فى اللغة: من أوصاه ووصاه توصية عهد إليه والاسم الوصاء والوصاية والوصية. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٤/ ٤٠٠).

وفى الاصطلاح: قال الشيخ ابن عرفة الدسوقي: هى عقد يوجب حقاً فى ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦٨١).

(٢) أخرجه البخارى فى الوصايا (٥/ ٤١٩) ح (٢٧٣٨)، ومسلم فى الوصية (٣/ ١٢٤٩) ح (١٦٢٧/١).

(٣) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى (٢/ ١٠٢٣، ١٠٢٤) انظر الثمر الدانى للشيخ الأبهى (ص ٥٣٧).

(٤) رجل: سقطت من (ب).

(٥) أخرجه البخارى فى الوصايا (٥/ ٤٢٧) ح (٢٧٤٢)، ومسلم فى الوصية (٣/ ١٢٥٠) ح (١٦٢٨/٥).

الله جعل لكم ثلث أموالكم عند موتكم»^(١).

ولما قلنا الزيادة جائزة عليه إذا أذن الورثة لأن المنع من ذلك لأجلهم لأن ما زاد عليه حق لهم فإذا أجازوه فقد أسقطوا حقوقهم فجاء، وإن أجازهم وأباه بعض جاز في حق من أجازهم، ولم يعجز في حق من منع لأن من أجازهم فقد ترك حقه ومن منع فقد طالب بحقه فله ذلك.

فصل

ومن لا وارث له فليس له الوصية بجميع ماله، فإن أوصى بزيادة على الثلث لم يكن له إلا الثلث فقط، خلافاً لأبي حنيفة في قوله إن له أن يوصى بكل ماله^(٢)، لقوله ﷺ: «إن الله أعطاكم ثلث أموالكم عند موتكم زيادة في أعمالكم»^(٣) وظاهره يمنع زيادة عليه ولأن المسلمين يعقلون عنه فلم يكن له أن يوصى في حقهم بأكثر من ثلثه كالموالي، واعتباراً بالورثة المياسير.

فصل

ولا تجوز الوصية لوارث من ثلث ولا غيره إلا بإذن باقى الورثة^(٤)، والأصل في منعها قوله ﷺ: «إن الله عز وجل قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث»^(٥)، [ولأن ذلك تعدى ما حذر الله تعالى ورسمه لأنه تعالى جعل لكل وارثاً]^(٦) قدرًا معلومًا من التركة، وإذا خص الميت بعضهم بزيادة على ذلك كان كأنه يعطيه من حق غيره، فإذا لم يجيزوا رجعت ميراثًا لأنه لا يجوز أن ينفرد بها بعضهم، وليس لها جهة تصرف من

(١) أخرجه ابن ماجه فى الوصايا (٢/٩٠٤) ح (٢٧٠٩) فى الزوائد: فى إسناده طلحة بن عمرو الحضرمى ضعفه غير واحد. وانظر نصب الراية (٤/٤٠٠).

(٢) قال فى الفتاوى الهندية: ولو أوصى بجميع ماله وليس له وارث نفذت الوصية ولا يحتاج إلى إجازة بيت المال كذا فى خزنة المفتين. انظر الفتاوى الهندية (٦/٩٠).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافي (٢/١٠٢٤)، انظر الثمر الدانى (ص ٥٣٧)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٤٢٧).

(٥) أخرجه الترمذى فى الوصايا (٤/٤٣٤) ح (٢١٢١) وقال: هذا حديث حسن صحيح. وأبو داود فى البيوع (٣/٢٩٥) ح (٣٥٦٥)، والنسائى فى الوصايا (٦/٢٠٧) باب (إبطال الوصية للوارث)، وابن ماجه فى الوصايا (٢/٩٠٥) ح (٢٧١٣).

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

قبل وصية فلم يبق إلا أن يرجع ميراثاً كالذى لم يوصى به .

فصل

إنما قلنا إنها تجوز بإجارة الورثة، خلافاً لمن منع ذلك^(١)، لأن المنع لحقوقهم فإذا أجازوه فقد تركوا حقوقهم فيجب جوازه، ولأنها جهة للوصية يمنع منها لحق الورثة فعجاز بإجارتهم، أصلة الزيادة على الثلث .

فصل

الوصية غير واجبة لقريب ولا لأجنبي، خلافاً لمن حكى عن وجوبها^(٢) لمن لا يرث^(٣) من الأقربين والذين^(٤) إذا لم يكونوا وارثين، لأن كل من لم تلزم عطيته في الحياة لم تجب الوصية له بعد الوفاة كالأجانب، ولأنها هبة وعطية فلم تلزم اعتباراً بحال الحياة .

فصل

إذا استأذن الورثة في الوصية لوارث أو بأكثر من الثلث فأذنوا له فلا يخلو من ثلاثة أحوال: إما أن يجيزوا في الصحة، أو في المرض الذي يحسب عليه فيه أو أن يجيزوا بعد الموت فإن أجازوا في الصحة فلا يلزمهم ذلك، ولهم الرجوع فيه لأنه لا حق لهم في الحجر عليه حال الصحة فأشبهه إذن الأجنبي، لأنه لا يلزمه^(٥) إذا صار وارثاً من بعد الموت^(٦)، وإن أجازوا بعد الموت فذلك لازم من غير خلاف لأن الإرث قد وجب لهم، فإذا تركوه بعد وجوبه جار كما لو وهبوه ابتداء .

وإن أجازوه حال المرض المخوف لزم ذلك ولم يكن لهم الرجوع فيه، خلافاً لأبي

(١) هذا هو قول أهل الظاهر والشافعي وهو ظاهر قول أحمد في رواية حنبل وهو قول بعض أصحابه وهو قول المزنئ . انظر المغنى لموفق الدين (٤١٩/٦)، انظر روضة الطالبين (١٠٩/٦) .

(٢) روى عن الزهري أنه قال: جعل الله الوصية حقاً مما قل أو كثر، وقيل لأبي مجلز: على كل ميت وصية قال: إن ترك خيراً، وقال أبو بكر عبد العزيز: هي واجبة للأقربين الذين لا يرثون، وهو قول داود، وحكى ذلك عن مسروق وطاوس وإياس وقتادة وابن جرير . انظر المغنى لموفق

الدين (١٥/٦)، انظر رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (ص ٣٧٩) .

(٣) ثبت في (١) تورث .

(٤) ثبت في (ب) والدين .

(٥) ثبت في (ب) لأنه يلزمه .

(٦) الموت: سقطت من (١) .

حنيفة^(١) والشافعي^(٢)، لأنها حال يملكون عليه الحجر فيها فإذا أذنوا فيما لهم منه لزمتهم، كالسيد إذا أذن لعبده والزوج لامرأته، ولأنها حال تعتبر عطاياه فيها من الثلث كما بعد الموت، وإذا استأذنهم عند سفر فأذنوا له ففيها روايتان: إحداهما أنه لا يلزم اعتباراً بالصحة، ولأن تصرفه في هذه الحال من رأس المال، والأخرى أنه يلزم اعتباراً بالمرض المخوف لأنها حال خوف وخطر، وهذا في السفر البعيد الذي يخاف من مثله.

فصل

الإذن المحكوم به إذا كان طوعاً لا خوفاً من إضرار بهم مثل أن يكون الوارث في عيال الموصى ونفقته، إن لم يأذن به قطع به، أو يكون له عليه دين يلزمه أو يكون سلطاناً يرهبه أو ما أشبه ذلك فسمي كان الإذن على بعض هذه الوجوه لم يلزم وكان له الرجوع.

فصل

هبات^(٣) المريض وعطاياه مراعاة فإن صح لزمته من رأس ماله وإن مات كانت من الثلث إلا أنها حال المرض موقوفة لا تنفذ، وقال داود هي جائزة من رأس المال الصحيح^(٤)، ودليلنا قوله ﷺ: «إن الله جعل لكم ثلث أموالكم عند الموت زيادة في أعمالكم»^(٥)، فأخبر ﷺ أنه ليس لهم إلا الثلث ولا زيادة عليه، وروى أن رجلاً أعتق ستة أعبد له في مرضه لا يملك غيرهم فبلغ ذلك النبي ﷺ فتغيظ عليه غيظاً شديداً ثم دعى بهم فأسهم بينهم فاعتق ثلثهم وأرق ثلثهم^(٦)، ولأن حصول سبب الموت بمنزلة

(١) قال الشيخ الموصلي: وتعتبر إجازتهم بعد موته لأنه عند ذلك ثبت حقهم فيه لا قبله وإنما يسقط الحق بعد ثبوته فإذا أجازوه بعد الموت فقد أسقطوا حقهم بعد ثبوته فيصح. انظر الاختيار للموصلي (١٢٨/٤)، انظر الهداية للمرغيناني (٥٨٣/٤).

(٢) ذكره الإمام النووي. انظر روضة الطالبين (١٠٩/٦)، انظر مغنى المحتاج (٤٤/٣).

(٣) ثبت في (١) هبة.

(٤) ذكره ابن قدامة في المغنى. وقال: وحكى عن أهل الظاهر في الهبة المقبوضة أنها من رأس المال وليس بصحيح. انظر المغنى لموفق الدين (٤٩١/٦).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه مسلم في الإيمان (١٢٨٨/٣) ح (١٦٦٨/٥٦)، وأبو داود في العتق (٢٧/٤) ح (٣٩٥٨)، والترمذي في الأحكام (٦٣٦/٤) ح (١٣٦٤)، والنسائي في الجنائز (٥١/٤) باب

(من يحيف في وصيته)، وابن ماجه في الأحكام (٧٨٥/٢) ح (٢٣٤٥).

حضور الموت نفسه بدليل منع الهبة للوارث، فإن نازعوا في ذلك دللنا عليه بإجماع الصحابة في قصة أبي بكر رضى الله عنه لما قال لعائشة رضى الله عنها إني كنت نحلتك جذاذ عشرين وسق ولو كنت حزتيه لكان لك وإنما هي اليوم مال الوارث^(١) فبين تعلق حقوق الورثة به، وإن ذلك هو المانع من تسليمه إليها ولم يخالف عليه أحد، ولأنه إيجاب عطية في المرض كالوصية.

فصل

إذا أوصى بزيادة على الثلث ولم يجز الورثة قسم الموصى لهم الثلث على حسب مبلغ^(٢) الوصايا من جملة المال، مثاله: أن يوصى بالنصف والثلث ولا يجيز الورثة فينظر أقل ماله نصف وثلث وهي ستة مبلغ الوصية منها خمسة أسهم فيقسم الثلث بينهم على خمسة لصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث سهمان، وكذلك بالثلث والربع يكون على سبعة من اثني عشر لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة على هذا الحساب، وقال أبو حنيفة يتساوى الموصى لهم في الثلث^(٣).

ودللنا أنهما وصيتان لو كانتا مطلقتين مرسلتين قسمتا على التفصيل فإذا كانتا مقيدتين قسمتا^(٤) كذلك، أصله لو أوصى بالسدس والثلث، وبيان ذلك أنه لو أوصى لزيد بألف درهم وقدرها النصف ولعمر بخمسة مائة وقدرها الربع لاقتسما الثلث إذا لم يجز الورثة على التفصيل بحسب الوصايا، وهذا وفاق معهم فكذا إذا قيد بنسبة، ولأنهما وصايا تتفاضل [تصرت عن الثلث فوجب]^(٥) بحسبها أن تتفاضل في قسمة الثلث عليها إذا زادت عليه كالمرسلة.

فصل

له أن يشتري ابنه بما يكون قدر ثلثه^(٦) لأن له التصرف في الثلث ويرثه لأنه يعتق

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ثبت في (ب) ومبالغ.

(٣) ذكره الشيخ المرغيناني. انظر الهداية للمرغيناني (٥٨٨/٤) انظر الاختيار للموصلي (١٤٢/٤).

(٤) قسمتا: سقطت من (أ).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٦) ذكره في المدونة. انظر المدونة (٢٨٢/٤)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير

(٤٤٤/٤).

عليه وهو حر، وقال محمد بن مسلمة: يجوز له أن يشتريه بكل ماله اعتباراً باستلحاقه، وقال شيخنا أبو بكر في توريث ابنه نظر لأنه إخراج لورثته عن الميراث بعد ثبوت البيعة لهم.

فصل

إذا أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فللموصى له كل المال، وكذلك لو كان ابنان فوصى للرجل^(١) بمثل نصيب أحدهما كان له نصف المال، على هذا الحساب ينظر كم ذلك النصيب إذا انفرد عن الوصية فيكون هو الموصى به، وقال أبو حنيفة^(٢) والشافعي يجعل الموصى له كأنه ابن آخر فيأخذ مع الابن الواحد النصف ومع الاثنين الثلث^(٣).

ودليلنا أنه إذا قال: أوصيت لك بمثل نصيب ابني فقد أحال بمعرفة القدر الموصى به على معرفة نصيب من أحال عليه فيجب أن يكون ذلك المحال عليه معلوماً مقدراً قبل الوصية ليصبح العمل بقدرها منه، ومتى علقنا معرفة المحال عليه على مقدار الوصية فذلك تناقض واستحالة لأن الوصية معلقة عليه ويصير هو معلقاً على الوصية فيكون ذلك جعل الشيء شرطاً لما هو شرط^(٤) له فلا يصح، وإذا ثبت ذلك صح ما قلناه.

فصل

إذا أوصى لفلان بمثل نصيب أحد ورثته نظر إلى عدد رؤوسهم ثم أعطى جزءاً منها^(٥)، ولا ينظر إلى اختلاف فروضهم ولا إلى الذكور والإناث، مثاله: أن يترك ستة ذكوراً وإناثاً، [أو إناثاً وذكوراً]^(٦) من نوع واحد كالبنين والبنات، أو الزوجات والجدات أو الإخوة والأخوات وغير ذلك فيعطى السدس، وإنما قلنا ذلك لأن الأنصباء إذا اختلفت مقاديرها لم يكن الأكثر بأولى من الأقل، فلم يبق إلا الاعتبار بالرؤوس.

(١) ثبت في (ب) لرجل.

(٢) ذكره الشيخ الموصلي. انظر الاختيار (٤/١٤٤)، انظر الفتاوى الهندية (٦/٩٩).

(٣) ذكره الإمام النووي. انظر روضة الطالبين (٦/٢١١)، انظر المهذب للشيرازي (١/٤٥٧).

(٤) هو شرط: سقطت من (ب).

(٥) ثبت في (ب) جزءاً واحداً.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

فصل

إذا أوصى بسهم من ماله ولم يعينه أو بجزء منه أو بنصيب فذلك كله^(١) سواء، فاختلف أصحابنا في مقدار ما يلزم بالوصية بعد اتفاقهم على أنه لا يزداد على الثلث فمنهم [من قال يعطى الثُّمن]^(٢) ومنهم من قال يعطى^(٣) السدس، ومنهم من قال ينتظر إلى ما تبلغه قسمة الفريضة بالضرب إن احتيج إليه فيعطى سهمًا منه قَلَّت السهام أم كثرت، وقال أبو حنيفة: يدفع إليه مثل أقل سهام الورثة إلا أن يزيد إلى السدس [فيكون له السدس]^(٤)، وقال الشافعي يدفع إليه الورثة ما شاءوا من غير مقدار مؤقت^(٥).

فدليلنا أولاً على وجوب التقدير خلافاً للشافعي، أن السهم والجزء والنصيب عبارة عن التقدير لأنه يقال هذا المال بينهم على كذا وكذا جزءاً أو سهمًا أو نصيبًا، فإذا ثبت ذلك فكأنه أوصى له بقدر وأجمل التقدير فيجب أن يطلب ما هو أولى بأن يكون أراده ومتى وكلناه إلى مشيئة الورثة زال التقدير وصار كأنه قال أوصيت بشيء فإذا ثبت التقدير:

فوجه القول بأنه يعطى الثُّمن أنه لما لم يكن بعض السهام بأولى من بعض وجب أن يدفع الأقل لأنه متحقق^(٦)، وما زاد عليه مشكوك فيه لإمكان أن يكون [أراده وإمكان أن يكون]^(٨) أراد ما دونه فلم يجز أن يدفع إليه بالشك، ووجه القول بأنه يعطى السدس

(١) فذلك كله: سقطت من (ا).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) ثبت في (ب) بعض.

(٤) ذكره الشيخ المرغيناني في الهداية والشيخ الموصلي في الاختيار. وقال الشيخ الموصلي: وإن أوصى بسهم من ماله فله السدس عن أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير فإنه قال: له أخس سهام الورثة إلا أن ينقص من السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه فكان حاصله أن له السدس. وعلى رواية كتاب الوصايا: له أخس سهام الورثة ما لم يزد على الثلث. وقال أبو يوسف ومحمد: له أخس السهام إلا أن يزيد على الثلث فيكون له الثلث. انظر الاختيار للموصلي (١٤٣/٤)، انظر الهداية للمرغيناني (٥٨٨/٤).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ا).

(٦) ذكره الشيخ الشيرازي. انظر المهذب (٤٥٧/١)، انظر روضة الطالبين (٢١٢/٦).

(٧) ثبت في (ا) يتحقق.

(٨) ما بين المعكوفين سقط من (ا).

والجزء الذى ينقسم عليه الفريضة ما لم يزد على الثلث أن أصل حساب الفرائض السدس، وإنما ينشأ ما زاد عليه منه لأنه أقل السهام فى الأصول بخلاف^(١) الثمن لأنه ليس بأصل وإنما هو سهم يستحق بحجب عن أصل الفرض.

ووجه القول أنه يعطى سهمًا مما انقسمت عليه الفريضة بالغًا ما بلغ أنه لما قال: له سهم من مالى أو جزء كان ذلك راجعًا إلى أجزاء ماله وسهامه فوجب أن تكون القسمة عليه دون اعتبار الفروض.

فصل

الوصية فى الصحة والمرض سواء لأنها تنفذ بعد الموت وليست بلازمة، والرجوع له فيما شاء منها إلا التدبير لأنه إيجاب فى الحياة، وإن كان له حكم الوصية من بعض الوجوه وهو خروجه من الثلث، وكذلك العتق المبتل^(٢) فى المرض^(٣).

فصل

وتجوز وصية السفیه المحجور عليه لتبذير ماله ووصية المجنون حال إفاقته^(٤) لأنه إنما منع السفیه من إخراج ماله على غير عوض خوفاً الفقر عليه، والوصية تنفذ بعد موته والفقر مأمون عليه فى تلك الحال فلا يبقى مانع منها، وأما المجنون حال إفاقته فكالعاقل الذى لا يجنون له فصحت وصيته؛ وتصح وصية الصبى الذى يعقل^(٥) وجوه القرب وإن لم يبلغ خلافاً لأبى حنيفة^(٦) وأحد قولى الشافعى^(٧)، ولأن ذلك مروى عن عمر

(١) ثبت فى (١) يختلف.

(٢) قال الفيرورآبادى: بئله يئله ويئله: قطعه كبئله فانبتل والشئ مئزه عن غيره. وصدقة بئلة: منقطعة عن صاحبها وعطاء بئل منقطع لا يشبهه عطاء. انظر القاموس المحيط (٣/٣٣٢).

(٣) ذكره الشيخ أحمد الدردير. انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٤٤٢، ٤٤٣).

(٤) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى (٢/١٠٢٧)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٤٢٢).

(٥) ثبت فى (ب) يعرف.

(٦) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار (٤/١٢٩)، انظر غرر الأحكام لمناخسروا (٢/٤٣٠).

(٧) ذكره الإمام النووى. وقال: لا تصح وصية الصبى المميز على الأظهر عند الأكثرين. انظر روضة الطالبين (٦/٩٧).

وقال الشيخ الخطيب الشربى: ورجح جمع من أصحابنا صحة الوصية من الصبى المميز. انظر مغنى المحتاج (٣/٣٩).

وعثمان وعلى وغيرهم رضوان الله عليهم^(١)، ولا مخالف لهم، ولأنه عاقل عارف بوجوه القرب كالبالغ، ولأن الفقر مأمون عليه بعد الموت.

فصل

تصح الوصية إلى المرأة وإلى العبد كان العبد له أو لغيره خلافاً للشافعي في العبد^(٢)، ولأنه مأمون في نفسه يتأتى منه تنفيذها فأشبه الحر الذكر.

فصل

لا تجوز الوصية إلى فاسق لا يؤمن عليها، ولا تقرر في يده لأنه قد تعلق بالوصية إليه حقوق الموصى لهم، فإذا لم يكن مأموناً لم يؤمن منه إتلافها فلم يجز ولايته، ولا يراعى في ذلك اختيار الميت له لأنه ليس له أن يختار على غيره من لا يؤمن إتلافه وإضاعته.

فصل

إذا قَبِلَ الموصى إليه ثم أراد تركها لم يجز له ذلك إلا أن يعجز عنها أو يظهر له عذر في الامتناع من المقام عليها، خلافاً للشافعي في إجازته تركها^(٣)، لأنها قرينة وفعل خير ألزمه نفسه لم يكن له الخروج منه بغير عذر اعتباراً بالصوم والحج.

فصل

إذا أوصى إلى رجلين فلا يخلو من ثلاثة أحوال: إما أن يكون نص على الاجتماع فيقول لا ينفرد^(٤) أحدهما عن صاحبه^(٥) في النظر فيكون على ما قلناه^(٦)، أو أن ينص على الجواز فيقول: أوصيت إليكما وإلى كل واحد منكما فلا خلاف في هذا أيضاً؛ أو يجوز أن ينظر إلى كل واحد منهما منفرداً عن الآخر، أو أن يطلق فيقول أوصيت إليكما

(١) أخرجه مالك في الموطأ في الوصية (٧٦٢/٢) ح (٢).

(٢) انظر روضة الطالبين (٣١١/٦)، انظر مغنى المحتاج (٧٤/٤).

(٣) ذكره الإمام النووي. انظر روضة الطالبين (٣٢٠/٦)، انظر مغنى المحتاج (٧٣/٤).

(٤) ثبت في (ب) لا ينفصل.

(٥) ثبت في (ب) الآخر.

(٦) ثبت في (ب) قاله.

ولا يذكر اجتماعاً ولا انفراداً فحكم ذلك عندنا حكم النص على الاجتماع خلافاً لأصحاب أبي حنيفة^(١)، لأنه شرك بينهما في النظر فلم يكن لأحدهما الانفراد به اعتباراً بالوكالة لأنه إذا أوكلهما في بيع لم يكن لأحدهما الانفراد بذلك باتفاقنا.

فصل

للرجل أن يوصى بثلثه إلى رجل ويولده إلى آخر، لأن الوصية في معنى الوكالة، وله أن يوكل في حقوقه كلها وفي بعضها وكيلًا واحدًا أو وكلاء عدة.

فصل

إذا أوصى لرجل بنوع من حقوقه مخصوص دون غيره لم يكن له النظر في غيره إذا خصه بذلك^(٢)، لأنه إنما يملك النظر بتولية صاحب الحق فلم يطلق توليته أو يقيد بها، فأما إن أطلق فقال: وصيتي إلى فلان أو قال فلان وصي فإنه يكون وصيه في كل شيء يجوز أن يوصى به من النظر في ثلثه والولاية على صنغار ولده وقضاء ديونه، خلافاً للشافعي في قوله إنه لا تصح الوصية^(٣)، لأن الإطلاق يقتضي العموم فأشبه أن ينص على ذلك، فأما إن أوصى إليه بنوع ولم يذكر قصره عليه ولا أنه ليس إليه النظر في غيره فقيل: هو كالوصية المطلقة لأنه أقامه مقامه ولم يقصره على ما سماه، وقيل لا يكون وصيًا إلا فيما عين له ونص عليه لأنه لا يملك الوصية إلا بالتولية، فإن أوصى بشيء مخصوص لم يملك النظر في غيره وليس يحتاج إلى أن يلفظ بقصره عليه لأن المنع هو الأصل وإنما الذي يحتاج إليه هو النص على التولية.

فصل

إذا أوصى إليه وأطلق ولم يقل ليس لك [أن توصي]^(٤) فله أن يوصى بما أوصى به

(١) قال الشيخ المروغاني: ومن أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله دون صاحبه. وقال أبو يوسف رحمه الله: ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء. انظر الهداية (٦١٢/٤)، انظر الاختيار للموصلي (١٣٤/٤).

(٢) ذكره الشيخ أحمد الدردير. انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٥٣/٤).

(٣) قال الإمام النووي: لو اقتصر على قوله: أوصيت إليك فباطلة قطعاً. انظر روضة الطالبين

(٣١٦/٦)، انظر معنى المحتاج (٧٧/٣)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٧٢/٤).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

إليه، وقال الشافعي ليس له ذلك إذا أطلق الوصية، وأما إن أذن له فله قولان: أحدهما أنه يملك أن يوصى، والآخر أنه لا يملك، فدليلنا على أنه يملك إذا أذن له أنه يملك^(١) أن يوصى إليه ويقول: إن مت فوصيتي إلى فلان فإذا صح ذلك قلنا لأن كل ما صح أن يليه بنفسه على وجه الوصية بعد الموت جاز^(٢) أن يوليه غيره، أصله الوصية المباشرة، ودليلنا أنه إذا أطلق فإن للموصى^(٣) أن يوصى، أن ذلك معنى ملكه الموصى إليه إذا نص له، فوجب أن يملكه بإطلاق الولاية، أصله كسائر الحقوق التي يوصى فيها، ولا يدخل عليه الوكالة لأننا شرطنا التولية في وصيته.

فصل

يجوز عفو الرجل عن قاتله عمداً، ولا يجوز ذلك في الخطأ إلا أن تكون الدية ثلث التركة أو أقل، والفرق بينهما أن الواجب بقتل العمد قود فليس فيه إخراج مال عن الورثة والواجب بقتل^(٤) الخطأ مال وليس له في المال إلا الثلث.

فصل

تصح الوصية للقاتل عمداً أو خطأ^(٥) خلافاً للشافعي^(٦)، لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ﴾ [البقرة: ١٨١] نعم، ولأنها هبة فالقاتل لا يمنعها اعتباراً بحال الحياة، ولأنه تمليك فصح في القاتل كإسقاط الحقوق.

فصل

إذا قتل الموصى له عمداً بطلت الوصية^(٧) إلا أن يعلم بقتله فيقره عليها فإن قتلته خطأ لم تبطل لأنه معنى يستحق بالموت لا يصح تقدمه عليه فوجب أن يبطل بقتل العمد

(١) أنه يملك: سقطت من (ب).

(٢) ثبت في (ب) بعد موته صح.

(٣) ثبت في (ب) للموصى.

(٤) ثبت في (أ) في قتال.

(٥) ذكره في المدونة. انظر المدونة (٤/٢٩٦)، انظر الكافي لابن عبد البر (٢/١٠٢٨).

(٦) قال الشيخ الشيرازي: اختلف قول الشافعي رحمه الله تعالى فيمن وصى لقاتله فقال في أحد

القولين: لا يجوز. وقال في الثاني: يجوز لأنه تمليك يستقر إلى القبول فلم يمنع القتل منه.

انظر المهذب للشيرازي (١/٤٥١)، انظر روضة الطالبين (٦/١٠٧).

(٧) ثبت في (ب) وصيته.

كالإيراث، وأن لا يبطل بقتل الخطأ كالميراث، ولا يكون له شيء من الدية المستحقة على عاقلته، وأما إن علم بأنه قتله عمداً فأقره على الوصية بأنه يكون كالمبتدئ لها فيصح.

فصل

إذا أوصى لرجل بجزء من ماله وللآخر بدنانير مسماة^(١) وضاق الثلث على الوصيتين ففيها ثلاث روايات^(٢):

إحداها البداية بالجزء على التسمية، والثانية البداية بالتسمية عن الجزء، والثالثة أنهم يتحاصون بقدر^(٣) وصايتهم.

فوجه الأولى أن التجزئة أكد من التسمية في الأصول لأنها قد ثبتت في مواضع تبطل فيها التسمية، ألا ترى أنه لو وصى له بألف درهم فتلف المال إلا ألفاً لم يستحق الموصى له إلا قدر ثلثه، ولو أوصى له بجزء من ماله لكان ذلك مستحقاً على كل وجه فيما يبقى بعد التلف^(٤)، أعنى أنه يكون له ربع الباقي إن أوصى له بالربع أو سدسه أن أوصى بالسدس، وكذلك في الاستثناء في بيع الثمار وإن كان كَيْلاً مسمى يعتبر^(٥) فيه قدر الثلث، وإن كان جزءاً فما شاء^(٦)، وإذا ثبت قوة التجزئة على التسمية [كانت أكد فقدمت عليها، ووجه الثانية أن]^(٧) التسمية أكد بالنص على مقدارها^(٨) بخلاف التجزئة ووجه الثالثة أنها جهة تستحق بالوصية، فلم يكن أحدهما أولى من الآخر فلم يبق إلا التحاوص.

فصل

إذا أوصى له بشيء بعينه فتلف الموصى به بطلت الوصية لأن المعين^(٩) يبطل الحق بتلفه كالمبيع بعينه إذا تلف قبل القبض مع بقاء التوفية، وكذلك الدابة المكتراة بعينها إذا

(١) ثبت في (١) مسميات.

(٢) ذكرها ابن عبد البر. انظر الكافي لابن عبد البر (١٠٣٨/٢).

(٣) ثبت في (١) بعدد.

(٤) ثبت في (ب) بعد الموت وفي (هـ) بعد الثلث.

(٥) ثبت في (ب) اعتبر.

(٦) ثبت في (١) وإن كان جزءاً فما بمان.

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٨) ثبت في (ب) مقاديرها.

(٩) ثبت في (ب) التعيين.

ماتت إن العقد ينفسخ في ذلك كله، فإن تلف ثلثا تلك العين فالثلث الباقي للموصى له إن احتمله كل المال، خلافاً لأبي ثور في قوله إن للموصى له ثلث الباقي وللورثة ثلثاه^(١)، لأن الثلث يحتمله مع الوصية بالعين فوجب أن يستحقه كما لو أوصى له بعبد أو بثوب واحتمله الثلث فأما إن كانت الوصية بما الغرض منه المنافع^(٢) وما يموت عنه فلا يتعين في شيء بعينه نحو قوله: وصيت بشيبي لفلان لأن له ما يموت عنه من ثياب سواء كانت الثياب التي يملكها يوم الوصية أو تلفت واستحدث غيرها.

فصل

إذا أوصى لميت يعلم بموته صحت الوصية فتقضى منها ديونه وزكوات وكفارات^(٣) إن كانت عليه، فإن لم يكن عليه شيء من ذلك كانت لورثته، وقال أبو حنيفة^(٤) والشافعي لا يصح بوجه^(٥) فدللنا قوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ﴾ [البقرة: ١٨١] فعم، ولأنه آدمى كالحي، ولأنها إحدى حالات الأدمى كالحياة، ولا يدخل عليه إذا لم يعلم به لأن الغرض إلحاق أحد النوعين بالآخر، ولأن الغرض بالوصية نفع الموصى له على وجه يصح من العقلاء وذلك يختلف باختلاف أحوال من يوصى له: فتارة يكون بالتملك كالحي، وتارة يكون بغيره كالوصية للمسجد والقنطرة والجسور وما أشبه ذلك، فإذا أوصى لمسجد فقد علم أنه لم يرد تملكه وإنما أراد صرف الوصية في مصالحه وكذلك الجسر والقنطرة، وكذلك إذا أوصى لميت وهو يعلم أنه ميت وإنما أراد^(٦) صرف

(١) وهو قول أصحاب الرأي والشافعي وأحمد. انظر المغنى لموفق الدين (٦/٥٨٧).

(٢) ثبت في (ب) المبلغ.

(٣) ثبت في (أ) كفارة.

(٤) قال الشيخ من لا يخسر: يشترط كون الموصى له حياً وقتها إذ لو كان ميتاً لبطلت الوصية. انظر غرر الأحكام (٢/٤٢٧).

وكذا ذكره ملك العلماء الكاساني رحمه الله. انظر بدائع الصنائع (٧/٣٣٥).

(٥) ذكره الإمام النووي وقال: الوصية للميت باطلة سواء علم الموصى بموته أم لا. انظر روضة الطالبين (٦/١١٦).

وقال الشيخ الخطيب الشربيني: لا تصح لميت لكن ذكر الرافعي في باب التيمم أنه لو أوصى بماء لأولى الناس به وهناك ميت قُدِّم على المستنجس أو المحدث الحي على الأصح وهذه في الحقيقة ليست وصية لميت بل لوارثه لأنه هو الذي يتولى أمره. انظر مغنى المحتاج للخطيب الشربيني (٣/٤٠).

(٦) ثبت في (ب) قصد.

الوصية في وجوه نفعه ومصالحه، فإن كان عليه دين^(١) قضى منها وإلا كانت لورثته أو تصدق بها عنه^(٢)، ولأنه أراد أن يكون كماله، وأما إذا كان عنده أنه حتى فلا تصح الوصية لأنه أراد تمليكك ولم يرد ما ذكرناه.

فصل

إذا أوصى لقرباته أو لاهله: ففي القربات يكون للأقرب فالأقرب لا يدخل معهم ولد البنات، وفي الأهل يكون للعصبة إلا إن أراد ذوى رحمه، وروى أنه يدخل في ذلك العصبة وذوى الأرحام من لا يرثه وولد البنات والعمات والخالات، فوجه الأول: أن اسم القرابة مستحق من القرب فوجب أن يستحقه من يطلق عليه الاسم ولا يدخل عليه ولد البنات لأن قريابهم يختص لغيره، والأهل هم العصبة على الإطلاق لأنهم الذين يعقلون عنه ويملكون الولاية في النكاح والصلاة على الجنازة، ووجه الثانية أن اسم القرابة والأهل يشتمل على كل من مسه به^(٣) رحم وهذا أصح.

فصل

إذا أوصى بجزء من ماله وله مال يعلم به ومال لا يعلم به فالوصية فيما علم به دون ما لم يعلم به^(٤)، خلافاً لأبي حنيفة^(٥) والشافعي في قولهما إن الوصية فيما علم به وفي ما لم يعلم به^(٦)، لأن ما لم يعلم به فقد تحققنا أنه لم يقصده بالوصية فلم يكن له مدخل فيها، أصله إذا أوصى بثلاث هذه الدار فإنه لا يدخل عليه الوصية في غيرها من التركة لأنه لم يرد.

(١) ثبت في (ب) ديون.

(٢) ثبت في (أ) عليه.

(٣) به: سقطت من (ب).

(٤) ذكره ابن عبد البر في الكافي. انظر الكافي (١٠٢٩/٢)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٢٧/٤).

(٥) قال الشيخ الموصلي: ويعتبر في المال والورثة الموجود عند الموت حتى لو أوصى بثلاث ماله ولا مال له ثم اكتسب مالا ومات أو كان له فذهب أو نقص فإن المعتبر ماله حالة الموت. انظر الاختيار للموصلي (١٣٠/٤).

(٦) هذا على أحد قولين في المذهب في الوقت الذي يعتبر به المال يوم الموت أو يوم الوصية قولان. انظر مغنى المحتاج (٤٧/٣)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥٠/٤).

وإذا دبر عبدًا وله مال يعلم به ومال لا يعلم به: فالمدبر لا يخرج من المال الذي يعلم به ففيها روايتان: إحداهما أن المدبر يكون في المالين كالدين لأنه لا يجوز له الرجوع عنه، والثانية أنه يكون فيما علم به لأنه معتبر من الثلث كالوصية.

فصل

وإذا أوصى لوارث وأجنبي فلم يجز الورثة وصية الوارث فإنهم يحاصون الأجنبي بوصية الوارث فما حصل له رجع له ميراثًا وما بقى بعد ذلك فلاهل الوصايا، وقال الشافعي يبطل حق الوارث^(١)، فدللنا على المحاصة أن الميت شرك مع الأجنبي غيره في الثلث فكأنه أعطاه^(٢) الباقي عن عطية الوارث بدليل أن الورثة لو أجازوا الوصية للوارث لم يستحق الأجنبي إلا السدس، وإذا ثبت ذلك لم يكن له زيادة عليه بامتناع الورثة من الإجازة.

فصل

إذا هلك الموصى له قبل موت الموصي فلا شيء له، وإن كانت الوصية لجماعة فمات أحدهم قبل موت الموصي فيها ثلاث روايات^(٣): إحداهما^(٤) أنه يحاص أهل الوصايا بقدر وصيته على علم بموته أو لا^(٥)، فما أصابه كان لورثة الموصي ولا شيء لورثة الموصي له، والأخرى أنها تبطل وصيته ولا يحاص أهل الوصايا بها علم بموته أو لم يعلم^(٦)، والثالثة^(٧) أنهم يحاصون إن لم يعلم ولا يحاصون إن علم.

فوجه الأولى أن الموصي قصد إعطاءهم ما بعد وصية الميت فلم يستحقوا زيادة على ذلك كما لو لم يمت، وإن لم يعلم فهو على العقد^(٨) الأول، وإن علم فتركه إن تبين

(١) وهو الصحيح من مذهب الشافعي. قال الشيخ النووي: وإن ردوا وصية الوارث سلم الثلث للأجنبي على الصحيح وقيل: لا يسلم له إلا السدس. انظر روضة الطالبين (١١٢/٦).

(٢) ثبت في (١) أعطى.

(٣) ذكرها ابن عبد البر. انظر الكافي لابن عبد البر (١٠٣٠/٢).

(٤) ثبت في (ب) إحداهن.

(٥) أم لا: سقطت من (١).

(٦) ثبت في (ب) أو لا.

(٧) ثبت في (ب) والثانية وهو خطأ ظاهر.

(٨) ثبت في (ب) على القصد.

إقراراً منه فالأمر^(١) على ما كان عليه .

ووجه الثانية أن الموصى قد صرف إليهم المال وأخرجه عن تركته فلم يجر أن يرجع ميراثاً، فإن لم يعلم فالقصد على ما كان عليه وإن علم ولم يعين فذلك دلالة على تبقية إياه .

ووجه الثالثة أنه إذا لم يعلم وقعت المحاصة لأنه لم يرد أن يكون لهم جميع المال الموصى به، فإذا علم فتركه أن يصرف المال إلى جهة أخرى، رضاً منه بأن يكون^(٢) باقياً على حكم الوصية .

فصل

إذا أوصى له بعبد من عبيده وهم عشرة مثلاً، أو بعير من إبله أو بشاة من غنمه فله عشرهم بالقيمة كان ذلك رأساً أو أقل أو أكثر^(٣) لأن ذلك هو العدل بين الورثة والموصى له، وذلك أن الرأس من العشرة عشرهم فلا بد أن يعتبر بعدد الرؤوس أو بالقيم: ففي اعتبار الرؤوس تعارض الدعاوى لأن الورثة يقولون نعطيه أدونها قيمة والموصى له يقول أعلاها وليس أحدهم^(٤) أولى من الآخر فلم يبق إلا اعتبار القيمة، فإن مات من العشرة ثمانية وبقي اثنان فله نصفهما بالقيمة، ولو مات خمسة كان خمس الباقي، وإن كانت الوصية بجزء منهم فوصى بعشرهم وهم عشرة فهلك ثمانية وبقي اثنان لكان عشرهما بالقيمة لأن من مات من العشرة كأنه لم يكن فلا اعتبار به .

فصل

وإذا أوصى الرجل بنفقته عمره فإنه يعمر عند مالك سبعين سنة، وعند عبد الملك تسعين، وينظر كم مضى منها إلى يوم الوصية فحسب له نفقة ما بقي بالاجتهاد في نفقة مثله وكسوته وسكنائه: فيفرض له مقدار ذلك، فإذا عرف قدره جعل على يدي وصى أو أمين وأنفق عليه إما شهراً بشهر أو أسبوعاً بأسبوع أو سنة بسنة على ما يؤدي إليه

(١) فالأمر: سقطت من (١) .

(٢) ثبت في (ب) بكونه .

(٣) ذكره ابن عبد البر في الكافي . انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ١٠٤٠)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٤٣٩) .

(٤) ثبت في (١) أحدهما .

الاجتهاد مما لا يستتسر به، فإن مات قبل استيفاء ما أعد له من النفقة رجع باقى نفقته لورثة الموصى أو إلى أهل الوصاية إن كان المال ضاق عن استيفائها وإن كان عاش زيادة على التعمير فلا شيء له وقال أشهب يرجع إلى أهل الوصايا فيحاصهم ثانية.

وإنما قلنا إنه لا يعمر لأننا لو لم نقل ذلك لم ندر كم نعطيه لأننا إن أنفقنا عليه أبداً إلى أن يموت ومدة بقاءه مجهولة أضر بالورثة حيث حبس حقوقهم عنهم وإن لم يعطه شيئاً حتى يعلم كم بقى من عمره فإن ذلك غاية المحال فلم يبق إلا التعمير.

وإنما قلنا يعمر سبعين لأنه غالب التعمير وقد قال عليه السلام: «أعمار أمتي ما بين (١) الستين إلى السبعين وأقلهم ما يجاوز ذلك» (٢)، ووجه قول عبد الملك تسعين سنة لأنها الغالب من تنأهى الأعمار وقول مالك أصح، ولو أوصى لمن له سبعين أو ثمانين لم يكن له (٣) إلا الاجتهاد فى نفقة مثله، وإنما قلنا إنه ينفق عليه على ما ذكرناه ولا يسلم إليه دفعة ليتم غرض الموصى لأن غرضه امتداد الإنفاق بقية عمره، وإذا سلمت النفقة إليه جاز أن يتلفها لوقته أو يسرف فى صرفها غرض الموصى.

وإنما قلنا إنه إذا مات قبل استيفاء المدة والنفقة كان باقى النفقة لورثة الموصى لأن الموت سبب استحقاقها فعادت ميراثاً، وذلك كقوله: إذا مت ودخل زيد الدار فأعطوه ديناراً فمات زيد قبل دخوله فيعود ميراثاً، ولا شيء لورثة الموصى له لأنه لم يكن مالكا لها (٤) فننقل إلى [ورثته لأن الموصى أراد إيصالها إليه لا إلى (٥) ورثته.

وإنما قلنا إنها تعود إلى الوصايا إن كان المال ضاق عنها لأن الوصايا أولى بالثلث من الورثة وإنما دخلها النقص عند المزاومة، فإذا مات عن شيء مما أوصى له زالت المزاومة فى ذلك القدر فعاد إلى الوصايا، وإنما قلنا إنه إن عاش زيادة على التعمير فلا شيء لأن ذلك كالحكم الذى قد نفذ فلا يتقضى (٦) باجتهاد آخر، ووجه قول أشهب أنا نبيين لبقائه

(١) ثبت فى (ب) من.

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٥١٨/٣) ح (٦٥٢٢)، والحاكم فى المستدرک (٤٢٧/٢) قال: وهذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.

(٣) ثبت فى (ب) فيه.

(٤) ثبت فى (ب) مالکها.

(٥) ما بين المكوفين سقط من (ب).

(٦) ثبت فى (ب) يتقضى.

بعد التعمير غلط ذلك الاجتهاد فإذا أمكن تلافيه وجب العود فيه ، ولأنه لما كان موته قبل استيفائه يوجب رده المال إلى الوصايا إذا احتاجت إليه كان بقاءه بعدها يوجب عوده عليها .

وإنما قلنا : إن هذه النفقة من الثلث لأنها وصية فكانت في الثلث كسائر الوصايا .

فصل

الأمراض على ضربين : منها ما لا يخاف في العادة وذلك كالجذام والبرص والبلغم والجنون الذي يفيق معه أحياناً فهذا حكمه حكم الصحة لا يمنع صاحبه التصرف في شيء من ماله بعوض وبغير عوض وما يهبه ويتصدق له نافذ من رأس ماله ، والضرب الآخر : ما يخاف منه وهو الذي لا يؤمن ترقبه^(١) إلى الموت كالحمى الحادة والسل وذات الجنب وما أشبه ذلك فهذا هو الذي يتعلق عليه حق الحجر على من وجد به فيما زاد على قدر حاجته من الإنفاق في الأكل والكسوة والتداوى والعلاج وشراء^(٢) ما يحتاج إليه من الأشربة والأدوية وأجرة الطبيب ، ويمنع مما سوى ذلك مما يخرج^(٣) على غير بدل يحصل للورثة من هبة أو صدقة ، ويكون ما فعل من ذلك موقوفاً على موته فينفذ من الثلث أو على صحته فينفذ على ما بيناه ، ولا يمنع من التصرف بالمعاوضة المعتادة في التجارة التي لا يحابى^(٤) معها كالبيع والشراء بمثل ثمن المثل والإجارة والرهن والأخذ بالشفعة وما أشبه ذلك .

وإنما قلنا في القسم الأول إنه لا يوجب الحجر لأن الخوف إذا عدم معه لم يتعلق للورثة حق ، لأن علته ثبوت الحجر لهم الخوف من الموت لأن حضور سبب الشيء جارٍ في المنع مجرى حضور نفسه فإذا عدم هذا المعنى زال ما يجب^(٥) بوجوده .

وإنما قلنا إن الحجر لا يتعلق بما يحتاج إليه لأن حقه مقدم على حق^(٦) الورثة ، فلا يثبت لهم حق الحجر إلا فيما فضل عن حاجته لأن الحجر لا يدخل في الواجبات وإنما

(١) ثبت في (أ) توفيه .

(٢) ثبت في (ب) وشراء .

(٣) ثبت في (أ) يجرى .

(٤) ثبت في (أ) لا محاباة .

(٥) ثبت في (أ) يوجب .

(٦) ثبت في (ب) حقوق .

يدخل فى التطوع، ولأن الوصية مقدمة على الميراث بحق الوصية^(١)، فحقه حال الحياة أولى.

ولمّا قلنا إنه يمنع من سرف أو ما يخرج عن عادة فى قدر ما يحتاج إليه لأن ذلك إخراج مال على غير عوض يستفيده أو ورثته فكان فى معنى إضاعته وذلك ممنوع فيه.

ولمّا قلنا إن تصرفه فى المعاوضات جائز إذا لم يكن فيها محاباة لأن الحجر لا يوجب المنع من التقلب فى المال لأن الورثة لا يتعلق لهم حق فى أعيان المال ولمّا الحق لهم فى مقداره ومبلغه -

فصل

الحامل إذا بلغت ستة أشهر والمحبوس للقتل فى قصاص أو حد والزاحف فى الصف كل هؤلاء حكمهم حكم المريض المخوف عليه فى وجوب الحجر عليهم^(٢)، خلافاً لأبى حنيفة^(٣) والشافعى فى إجازتهما لهم التصرف ما لم يضرب الحامل الطلق ويقرب المحبوس إلى القتل وتقدم الزاحف إلى البرأ^(٤)، لقوله تعالى: ﴿فلما أثقلت دعوا الله ربهما﴾ [الأعراف: ١٨٩] قيل فى التفسير لما بلغت ستة أشهر، ولأنها بلغت حد الوضع كبلوغها حال الطلق، ولأن الله تعالى^(٥) قد جعل حضور سبب الموت كحضور الموت نفسه فقال: ﴿ولقد كنتم تمنون الموت من قبل أن تلقوه فقد رأيتموه وأنتم تنظرون﴾ [آل عمران: ١٤٣] يريد أسبابه وعلاماته، وهذا موجود فى المحبوس للقتل والزاحف فى الصف، ولأن تجويز الموت عليهم مع حضور سببه كتجويزه على المريض مع اختلاف الأمراض المخوفة فى زيادة بقاء المرض^(٦) وسرعة تلفه، فإذا كان لا اعتبار به فذلك فى مسألتنا.

أما الراكب فى البحر الخائف من الغرق: فقال ابن القاسم: حكمه حكم الصحيح،

(١) ثبت فى (ب) لحق الموصى.

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (١٠٢٧/٢).

(٣) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية للمرغينانى (٥٩٦/٤، ٥٩٧)، انظر غرر الأحكام لملاخسروا (٤٣١/٢).

(٤) انظر روضة الطالبين (١٢٣/٦)، انظر مغنى المحتاج (٥٠/٣).

(٥) ثبت فى (ب) عز وجل.

(٦) ثبت فى (أ) فى زيادتها المرض.

وقال أشهب حكمه حكم الحامل إذا بلغت ستة أشهر والزاحف في الصف، وهذا أقيس لأنها حال خوف على النفس كإثقال الحامل.

فصل

إذا أوصى بوصيتين أو أكثر: فإن لم يكن فيها تناقض وما يدل على رجوع نفذ جميعها، وإنما وجب ذلك لأن قصده إلى تنفيذها جميعها ممكن ولا شيء يدل على رجوعه فوجب تنفيذ الكل، وإن كان فيها رجوع عن بعضها نفذ ما لم يرجع فيه وبطل ما رجع عنه لأن ما رجع عنه مفسوخ بما ثبت عليه، فإن أوصى لرجل في موضعين بدنائير أو غيرها مما يكال أو يوزن مما لا يتعين من نوع واحد ولم يذكر إبطالاً لأحدهما ولا أنهما جميعاً للموصى له فله، واحدة منهما لاحتمال أن تكون الآخرة تكراراً لابتداء، فإن كانت إحدهما أكثر من الآخرة فله الأكثر منهما لأنها إن كانت هي الآخرة فقد زاد على الأولى وإن كانت هي^(١) الأولى فيحتمل أن يكون الأقل رجوعاً عنها إلى الأقل، ويحتمل أن يكون زيادة مضمومة إليها فالأولى متيقنة فكانت أولى من الأقل، هذه رواية ابن القاسم وابن عبد الحكم عن مالك، وذكر ابن حبيب ومطرف وابن الماجشون عنه أنه ينظر إلى الأكثر: فإن كان هو في الأولى أعطى الجميع، وإن كان في الآخرة أعطى الأكثر فقط، قال لأنه إذا كان الأكثر هو أول الوصيتين [حمل الأقل بعده على أنه سبيل فيه قراره، وإن كان الأقل أو له الوصيتين]^(٢) كان رجوعاً عن الأولى، هذا الحكم فيه إن كان من نوع واحد، وإن كان من أنواع شتى^(٣) مثل دنائير وثياب أو عروض فله الوصيتان جميعاً ولا مقال للورثة لأنه لا ينسب إلى تكرار ولا إلى رجوع عن أحدهما^(٤).

فصل

إذا أوصى بشيء بعينه مثل عبد أو دابة أو ثوب لرجل ثم أوصى به للآخر ولم يذكر

(١) هي: سقطت من (أ).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) شتى: سقطت من (ب).

(٤) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافي لابن عبد البر (١٠٢٦/٢)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٣٠/٤).

رجوعاً عن الأول كان بينهما نصفين^(١)، خلافاً لمن يقول يكون للأول، ولمن قال إنه للثاني^(٢)، لأن وصيته به لآخر لا تحتل^(٣) الرجوع وتحتل الشركة فلم يحمل على الرجوع مع إمكان غيره، ولو قال العبد الذى أوصيت به لفلان هو لفلان كان رجوعاً لأنه نقله عن المحل^(٤) الأول للذى جعله بعده فانتفى الاحتمال.

فصل

فإن أوصى بإعتاق عبد بعينه ثم وصى به لرجل، أو أوصى به لرجل أولاً ثم ثانية بالعتق فالآخرة نقض للأولى أيهما كانت هذا قول ابن القاسم، وقال أشهب الحرية أولى قدمت أو أخرت، ولابن القاسم أنه قد ثبت أن الوصية للثاني يحتل الرجوع ويحتل الشركة وإذا احتملت الشركة لم يجز حملها على الرجوع على ما بيناه.

فصل

فإذا لم يحتل الشركة^(٥) لم يبق إلا الرجوع، وذلك أن العتق لا يجوز^(٦) الاشتراك فيه لأنه بمنزلة ابتداء بتبعيضه، وإذا امتنع ذلك لم يبق إلا الرجوع^(٧)، ولأشهب أن العتق مغلب على غيره فوجب تقديمه.

فصل

الوصية لا تجب إلا بموت الموصى وقبول الموصى له بعد موته، لأن الموصى ما دام حياً فله الرجوع فى الوصية فلم يجب للموصى له حق فيعتبر قبوله، وإذا مات وجب أن يكون للموصى له حق القبول فإن قبل تمت الوصية وإن ردها عادت ميراثاً أو فيما جعلها فيه إن كان شرط ذلك، ولا يدخل فى ملكه بموت الموصى دون القبول، خلافاً

(١) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (١٠٢٧/٢).

(٢) قال جابر بن زيد والحسن وعطاء وطاوس وداود: وصيته للآخر منها. انظر المغنى لموفق الدين (٤٨٣/٦).

(٣) ثبت فى (ب، هـ) يحتل.

(٤) ثبت فى (ا) الحمل.

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٦) ثبت فى (ب) لا يكون.

(٧) ثبت فى (ب) أنه رجوع.

لأحد أقاويل الشافعي^(١)، لأنه تمليك عين فافتقر إلى القبول كالهبة واعتباراً بالهبة حال الحياة.

وأما إن مات الموصى له قبل أن يقبل أو يرد: فقد قال شيخنا أبو بكر الأبهري الأشبه أن تكون لورثة الموصى بها [لأنها على أصل ملك أبيهم إلى أن يخرج عنهم بقبول الموصى له]^(٢) وقال غيره من شيوخنا يكون القبول لورثة الموصى له لأنه حق وجب له فإذا مات انتقل إلى ورثته فقاموا فيه مقامه كسائر الحقوق وهذا كأنه آقيس.

فصل

إذا أوصى لرجل بشيء من ماله بعينه وله أموال كثيرة من عين وعروض وعقار وديون، وكان ما أوصى له به دون الثلث من جميع تركته فقال الورثة: لا نعطيه هذا لأننا لا نأمن أن يتلف الديون أو العروض قبل القبض أو البيع فيكون قد فات^(٣) بالعين التي أخذها، فعندنا أنهم مخيرون بين أن يدفعوا إليه ما أوصى له به أو يفرجوا له عن جميع ثلث الميت، ثم هل يقطع له بثلثه^(٤) في جميع التركة أو في الشيء الموصى له به بعينه على روايتين، وقال أبو حنيفة^(٥) والشافعي له ثلث تلك العين ويكون بباقيه شريكاً في جميع ما تركه الميت حتى يستوفى تمام قيمته^(٦)، فدللنا أن الورثة متعدى عليهم لأن الميت لم يكن له أن بوصى من العين بأكثر من قدر نصيبه منه وهو الثلث منها، فلما وصى بجميعها كان متعدياً فكان الخيار للورثة بين أن ينفذوا ما وصى به أو يفرجوا عن الثلث لأنه إذا تعدى إلى مال ليس له وجب رد تعديهِ إلى ماله وإذا كان كذلك ثبت ما قلناه.

ووجه قصر الثلث على العين الذي وصى بها فلأنه لم يرد الوصية بغيرها وإنما أراد

(١) ذكره الإمام النووي. وقال: متى يملك الموصى له الموصى به؟ فيه ثلاثة أقوال: أحدها: بالموت. والثاني: بالقبول. والثالث: وهو الأظهر أنه موقوف فإن قبل تبيناً أنه ملك بالموت وإلا بان أنه كان للوارث. انظر المغنى لموفق الدين (١٤٣/٦)، انظر مغنى المحتاج (٥٤/٣).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) ثبت في (ب) قد فاز.

(٤) ثبت في (ل) بمثله.

(٥) ذكره الشيخ المرغيناني. انظر الهداية للمرغيناني (٥٩٠/٤)، انظر الاختيار للموصلي (١٤٥/٤).

(٦) ذكره الإمام النووي. انظر روضة الطالبين (٣٠٢/٦)، انظر مغنى المحتاج (٤٩/٣).

هذه العين فمهما وجدنا سبيلاً إلى إخراج العين كان أولى، ووجه القول الآخر أن التعدي إذا سقط ورد إلى الثلث صار في حكم من وصى بالثلث ابتداءً.

فصل

إذا ضاق الثلث عن الوصايا قدم الأوكد فالأوكد، فالمدبر في الصحة يقدم على المبتل^(١) في المرض، وعلى المدبر في المرض لقوة التصرف في الصحة على التصرف في المرض والعنق المبتل في المرض يقدم على الوصية بالعنق^(٢) لأن المبتل ليس له فيه رجوع إذا صح والوصية يرجع فيها، وإذا أوصى بعنق عبد بعينه كان في ملكه أو ليشتري ويعتق كان مقدماً على غيره من الوصايا لتأكد حرمة العنق، وإن كانت الوصية بعنق غير معين فهي وسائر الوصايا سواء لأنها وصية بمال، والوصية بعنق معين تبدى على الزكاة لأنها حرمة ثبتت في البدن، ولأن العنق مبني على التغليب، وقال عبد الملك الزكاة مبتدأة لأنها حق من حقوق الله تعالى، وإذا أوصى بزكاة وكفارة قدمت الزكاة على الكفارة لتأكيد وجوبها^(٣).

فصل

إذا فرط في زكاة عليه: فإن أوصى لزم الورثة إخراجها عنه، وإن لم يوص لم يلزم الورثة^(٤) خلافاً للشافعي^(٥)، لأن إخراجها موكول إلى اجتهد^(٦) أمانته فيجوز أن يكون قد أخرجها إلا أن يعلم أنه لم يفرط مثل أن يحول الحول وهو مريض لا يعقل أو يؤدي إليه الغريم نصاباً من دينه فهذا يجب أداء الزكاة من رأس المال وصى بها أو لم يوص لزوال التهمة فيها، وإذا أوصى بما فرط فيه فهو من الثلث، خلافاً للشافعي^(٧)، لأنه

(١) على المبتل: سقطت من (١).

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافي لابن عبد البر (١٠٣٥/٢).

(٣) قال ابن عبد البر في الكافي: قال عبد الملك: يبدأ العنق المعين على الزكاة، والزكاة مبتدأة على كفارة اليمين. انظر الكافي لابن عبد البر (١٠٣٥/٢).

(٤) ذكره في المدونة. انظر المدونة (٣٠٩/٤)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٤١/٤).

(٥) في قوله: إن الزكاة يجب إخراجها أوصى أو لم يوص. انظر المذهب للشيرازي (٤٥٣/١)، انظر روضة الطالبين (١٣١/٦).

(٦) إجتهد: سقطت من (ب).

(٧) في قوله: إنها تكون من رأس المال. وقال الإمام النووي: وقيل: يكون ذلك من الثلث وهو ضعيف. انظر روضة الطالبين (١٣١/٦)، انظر المذهب للشيرازي (٤٥٣/١).

يتهم أن يكون أراد الانتفاع بالمال حياته وصرفه عن ورثته بعده فكانت كالوصايا ولم تكن كالديون.

فصل

وإذا تزاحمت الوصايا [قدمت على ما هو أضعف منها خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنها وسائر الوصايا]^(١) سواء^(٢) لتأكيدا على غيرها إذ لولا التهمة لكانت من رأس المال.

فصل

وإذا أقر المريض بدين لوارث فقد بيناه في باب الإقرار لأن المراجع^(٣) فيه التهمة، وإذا أقر بأمانات كودائع وفرائض^(٤) لمن لا يتهم له: فإن وجدت بأعيانها ردت على أصحابها، وإن لم تعرف كانت كالديون، ويخاص بها عند ضيق المال لأنه إذا أقر بها ولم يذكر أنها تلفت فالظاهر استهلاكه لها وتعلقها بدمته.

فصل

وإذا أوصى لرجل بمائتين وآخر بمائة ولثالث بمثل إحدى الوصيتين ولم يبين أيهما أراد ففيها روايتان: إحداهما أن له نصف الأولى ونصف الثانية^(٥)، والثانية أن له مثل الآخرة، وقال أشهب له مثل الأقل منهما.

فوجه الأولى أن مقدار الصغير متحقق أنه موصى له به ونصف الكبرى فيصير النزاع في النصف الآخر من الكبرى فيتداعيان^(٦)، ولا بينة لواحد منهما فيكون بينهما، ووجه الثانية أن قوله له مثله ترجع الكناية منه إلى الأقرب وهو الذي يليه لأنه الظاهر من الكلام، ووجه قول أشهب إن الأقل متيقن وما راد عليه فمشكوك فيه فكان اليقين دون الشك وبالله التوفيق.

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ذكره ملك العلماء الكاساني. وقال: واختلفت الرواية عن أبي يوسف في الحج والزكاة روى عنه: أنه يبدأ بالحج وإن أخره الموصى في الذكر وروى عنه أنه يبدأ بالزكاة وهو قول محمد. انظر بدائع الصنائع للكاساني (٣٧١/٧).

(٣) ثبت في (١) المدعى.

(٤) ثبت في (ب) كودائع وقراض.

(٥) ذكرها في الكافي. انظر الكافي لابن عبد البر (١٠٣٩/٢).

(٦) ثبت في (١) فيدعيانه.

٣٩ كتاب الموارث^(١)

الأسباب التي يتوارث بها ثلاثة: الرحم والولاء والنكاح، والعلل المانعة من الميراث ثلاثة: كفر ورق وقتل، فالمسلم والكافر لا توارث بينهما، والعبد الذي يستغفره الرق ومن فيه بقية منه لا يرث ولا يورث إلا بالملك، وكذلك من فيه عقد من عقود العتق، وقتل العمد لا يرث مقتوله، وقتل الخطأ يرث من غير الدية، والمرث لا يرث بحال^(٢).

فصل

وإنما قلنا إن الرحم يورث بها لإيجاب الله تعالى التوارث بين الوالدين والمولودين والإخوة وغيرهم من الأنساب، وكذلك النكاح لإيجابه تعالى الموارثة بين الزوجين، وأما الولاء فقد بيناه فيما تقدم.

فصل

وإنما حصرنّا وجوه^(٣) التوارث على هذه الثلاثة، لأن التوارث بغيرها إما أن يكون مجمع على منعه وأنه لم يثبت، أو على أنه منسوخ إن كان ثبت في وقت مثل التوارث بالنصرة والهجرة والخلف والأخوة والمولاة، وأنه لا يكون إلا ببعض ما قدمناه من الأسباب الثلاثة.

(١) الموارث في اللغة: جمع ميراث وهو المال المخلف عن الميت أصله موراث انقلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها ويقال له: التراث أيضاً أصل التاء فيه واو وفي الجمع رجعت إلى غيرها. انظر المطلع على أبواب المقنع لشمس الدين البعلی (ص ٢٩٩).

وفي الاصطلاح يقال لها: الفرائض وهو الفقه المتعلق بالإرث وعلم ما يوصل لمعرفة قدر ما يجب لكل ذي حق في التركة. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاص (٢/٦٨٧).

وقال الشيخ الدهير في الشرح الكبير: هو علم يعرف به من يرث ومن لا يرث ومقدار ما لكل وارث. انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٤٥٦).

(٢) انظر المدونة (٣/٨٧). انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٤٨٦).

(٣) ثبت في (ب)، (هـ) وجوب.

فصل

وإنما قلنا إن الكافر لا يرث المسلم لقوله ﷺ «لا يرث الكافر المسلم»^(١)، وقوله ﷺ «لا يتوارث أهل ملتين»^(٢)، وللإجماع على ذلك^(٣)، وإنما قلنا إن المسلم لا يرث الكافر خلافاً لمعاذ ومعاوية ومحمد بن الحنفية^(٤)، واعتباراً بالكفر بعلّة اختلاف الدينين، وإنما قلنا إن العبد لا يرث لأن الميراث مبنى على تساوى الحرم فلو قلنا إنه يرث لكان مورثه لا يخلو أن يكون مات حرّاً أو رقّاً: فإن كان مات رقّاً فسيده أولى بماله، ولأن بسبب الحر لا يرثه ليقدم^(٥) سيده عليه والعبد أولى، وإن كان مات حرّاً فحرمة مخالفة لحرمة فلم يرثه، فأما سيده فيرثه بالرق لا من^(٦) طريق حقيقة الإرث، وإنما قلنا إن من فيه بقية رق فإنه لا يرث خلافاً لمن ورثه^(٧) لوجود الرق فيه كما لو استغرقه، ولا يجوز أن يقابل بأن يقال يجب أن يرثه للحرية التي فيه كالحر الكامل لأن المانع والمبيح إذا اجتماعا غلب المانع، ولأن أحكام الرق أغلب عليه بدليل منع شهادته ونقصان حدوده وطلاقه وسقوط الجمعة عنه والحج وغير ذلك لأن الميراث مشروط بتساوى الحرم على ما بيناه.

وإنما قلنا إن ماله إذا مات لمن فيه بقية رق للمالكة خلافاً لأصحاب الشافعي في قولهم إن ورثته يرثون نصيبه الحر^(٨)، وقول^(٩) بعضهم إنه لبيت المال^(١٠)، لأن كل من لم يرث

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه أبو داود في الفرائض (١٢٥/٣) ح (٢٩١١)، والترمذي في الفرائض (٤٢٤/٤) ح (٢١٠٨)، وابن مساجه في الفرائض (٩١٢/٢) ح (٢٧٣١)، وأحمد في المسند (٢٦٣/٢) ح (٦٨٥٦).

(٣) ذكره ابن قدامة. انظر المغنى لموفق الدين (١٦٥/٧)، انظر فتح الباري (٥٢، ٥١/١٢).

(٤) وقال ابن قدامة: وحكى ذلك عن عمر رضى الله عنه أيضاً. انظر المغنى لموفق الدين (١٦٦/٧)، انظر فتح الباري (٥١/١٢).

(٥) ثبت في (ب) لتقدير.

(٦) ثبت في (ا) ولأن.

(٧) روى عن المزني وابن سريج: أنه يرث بقدر ما فيه من الحرية. انظر المهذب للشيرازي (٢٤/٢)، انظر روضة الطالبين (٣٠/٦).

(٨) انظر المهذب للشيرازي (٢٤/٢)، انظر روضة الطالبين (٣٠/٦).

(٩) ثبت في (ب) وقال.

(١٠) وهو على قول الشافعي القديم وهو منسوب إلى أبي سعيد الإصطخري ونقله الفرضيون عن ابن سريج كذا ذكره الإمام النووي. انظر المهذب للشيرازي (٢٤/٢) انظر روضة الطالبين (٣٠/٦).

لمعنى لولاه لورث فإنه لا يورث، أصله العبد والكافر، ولأن قدر ما فيه من الحرية [إذا لم يوجب له أن يرث لم يوجب له أن يورث، ولأن أحكام الرق أغلب عليه وقدر ما فيه من الحرية] ^(١) لم يجعل حكمه حكم الأحرار بقدره فى أن يستحق بعض حد الحرية والتغريب والحصانة وقبول الشهادة وغير ذلك فكذاك الميراث.

فصل

وإنما قلنا إن من فيه عقد من عقود العتق: كأم الولد والمكاتب والمدبر والمعتق إلى أجل فى منع الإرث كالعبد لأن الرق باق عليهم بدليل أنهم لا يرثون به لأن عقد الحرية ليس بأكّد من مباشرتها، وقد بينا أنها إذا لم يستغرق وبقيت بقية ^(٢) من الرق لم يحصل بها توارث فما دونه أولى.

فصل

وإنما قلنا إن قاتل العمد لا يرث لقوله ﷺ: «ليس لقاتل العمد ^(٣) شيء» ^(٤)، وروى ليس لقاتل العمد ^(٥) ميراث ^(٦)، وللإجماع على ذلك ^(٧)، ولأن التهمة تؤثر فى الموارث ^(٨)

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ، هـ).

(٢) ثبت فى (أ) بقية رقبته.

(٣) العمد: سقطت من (ب).

(٤) أخرجه مالك فى الموطأ فى العقول (٢/٨٦٧) ح (١٠)، والدارقطنى فى سننه (٤/٩٥ - ٩٦) ح

(٨٤)، والبيهقى فى الكبرى (٦/٣٦١) ح (١٢٢٤١).

(٥) العمد: سقطت من (ب).

(٦) أخرجه ابن ماجه فى الديات (٢/٨٨٣) ح (٢٦٤٥)، فى الزوائد: إسناده حسن. وأحمد فى

المسند (١/٦١) ح (٣٤٨).

(٧) قال ابن المنذر: وأجمعوا على أن القاتل عمداً لا يرث من مال من قتله ولا من دينه شيئاً. انظر

الإجماع لابن المنذر (ص ٧٠).

وقال ابن قدامة: أجمع أهل العلم على أن قاتل العمد لا يرث من المقتول شيئاً إلا ما حكى عن

سعيد بن المسيب وابن جبير أنهما ورثاه، وهو رأى الخوارج. انظر المغنى لموفق الدين

(٧/١٦١).

وقال ابن تيمية: واففقوا أنه لا يرث القاتل عمداً بالغ ظالم عالم بأنه ظالم من الدية خاصة

واختلفوا فيما عدا ذلك وروينا عن الزهرى: أن القاتل عمداً يرث من المال لامن الدية. انظر

مراتب الإجماع لابن تيمية (ص ٩٨).

(٨) ثبت فى (ب) الميراث.

فى الإدخال والإخراج بدليل أن المتزوج فى المرض المخوف لا يرث بالتهمة بإدخال وارث على روثه، ولأن المطلقة ترث^(١) فيه للتهمة بمنعها^(٢) من الميراث والقاتل عمداً متهم باستعجال الميراث فمنع منه.

فصل

وإنما قلنا إن قاتل الخطأ يرث خلافاً لأبى حنيفة^(٣) والشافعى^(٤)، لعموم الظواهر^(٥) مثل قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ [النساء: ١١] وغير ذلك، وروى هشام بن عروة عن أبيه عن النبى ﷺ: فى قاتل^(٦) الخطأ يرث من المال ولا يرث من الدية^(٧)، ولأن كل معنى لا يمنع التساوى فى الحرم والدين ولا يوجب القود لا يزيل جهة التوارث ولا يمنع الميراث، أصله غير القتل من سائر الأفعال، وفيه احتراز من الطلاق فى الصحة لأنه يزيل جهة التوارث.

فصل

وإنما قلنا لا يرث من الدية خلافاً لمن قال إنه يرث منها لأن الدية واجبة عليه بجناية والعاقلة تحملها^(٨) عنه تخفيفاً، ولا يجوز أن يجنى جناية يستحق بها مالاً لأن الجناية إن لم تلزمه شيئاً فلا أقل من أنها لا تقيده استعجال مال.

فصل

أما المرتد فأمره مراعى موقوف على توبته: فإن تاب عاد إلى ما كان عليه من أحكام الإسلام، وإن قتل أو مات على رده انتقل ماله إلى بيت المال ولم يرثه ورثته من

(١) لو: سقطت من (أ).

(٢) ثبت فى (ب) منها.

(٣) ذكره الشيخ الموصلى فى الاختيار. وقال: وأما القتل فالقاتل مباشرة بغير حق لا يرث من مقتوله عمداً كان أو خطأ. انظر الاختيار للموصلى (١٩٩/٤)، انظر الفتاوى الهندية (٤٥٤/٦).

(٤) قال الشيخ الشيرازى: ومن أصحابنا من قال: لا يرث القاتل بحال وهو الصحيح. انظر المهذب للشيرازى (٢٤/٢)، انظر روضة الطالبين (٣١/٦).

(٥) ثبت فى (أ) الظاهر.

(٦) ثبت فى (ب) قتل.

(٧) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٣٦٠/٦) ح (١٢٢٣٧).

(٨) ثبت فى (أ) حاملة.

المسلمين ولا من أهل الدين الذى انتقل إليه وقد بيناه فيما تقدم.

فصل

لا يجب ميراث بشك^(١)، فإن قتل قرابة^(٢) يتوارثون بين الصنفين أو غرقوا أو ماتوا تحت الهدم ولم يعلم الأول منهم لم يورث بعضهم من بعض وورثهم ورثتهم من الأحياء، مثل أخوين لأب ملكا ببعض ما ذكرناه وترك كل واحد زوجة وأماً وأخاً من أم فإن الباقي عندنا يكون لبيت المال دون الأخ الآخر، واختلف الصحابة رضى الله عنهم فى ذلك فذهب بعضهم إلى هذا^(٣) وبعضهم إلى توريث كل واحد منهم من الآخر^(٤)، وإنما قلنا ذلك لأن الموارث^(٥) لا تجب بالشكوك ولما شككنا فى أيهما مات أولاً لم يجز أن يرث وارث مشكوك فى استحقاقه الميراث.

فصل

إذا طرح^(٦) الجنين فاستهل صارخاً فقد ثبت حياته ويرث ويورث وكذلك إن أقام أياماً وإن لم يصرخ بذلك يقوم فى باب العلم بحياته مقام الصراخ، وإن تحرك ثم مات ولم يصرخ لم تثبت حياته فلا يرث ولا يورث، واختلف فى العطاس وقد بيناه فيما تقدم.

(١) ثبت فى (ب) الشك.

(٢) ثبت فى (أ) قرابته.

(٣) روى ذلك عن أبى بكر الصديق وزيد وابن عباس ومعاذ والحسن بن على رضى الله عنهم وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو الزناد والزهرى والأوزاعى والشافعى وأبو حنيفة وأصحابه ويروى ذلك عن عمر وعبد الرحمن بن عوف والحسن البصرى وراشد بن سعد وحكيم بن عمير، وهو رواية عن أحمد بن حنبل. انظر المغنى لموفق الدين (١٨٦/٧).

(٤) وهو قول عمر وعلى وشريح وإبراهيم والشعبي وهو رواية عن أحمد بن حنبل وهو قول إياس ابن عبد الله المزنى وعطاء والحسن وحמיד الأعرج وعبد الله بن عتبة وابن أبى ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم وإسحاق وحكى ذلك عن ابن سعود. انظر المغنى لموفق الدين (١٨٦/٧).

(٥) ثبت فى (ب) التوارث.

(٦) ثبت فى (ب) سقطت.

فصل

من الحق بأبيه بعد موته ورثته^(١) لأن المقر ينسب ولد منه أو الشهود الذين يثبتون الأنساب إنما يثبتون نسباً متقدماً للثبوت^(٢) على الموت لا حادثاً بعده، وإذا كان كذلك ثبت أن الموت طراً على نسب حاصل ثابت فوجب أن يستحق الميراث به.

فصل

إذا مات وله وارث فيه بعض الأسباب المانعة من الميراث من كفر أو رق فزالت بعد الموت وقبل القسمة لم يرث، خلافاً لمن قال إنه يرث إذا زالت^(٣)، لأن كل من لم يكن وارثاً في حال الموت لوجود معنى فزواله بعد الموت لا يصيره وارثاً، أصله بعد القسمة.

فصل

ولد الملائنة إذا مات وترك أمه وإخوته لأمه ورثوا منه^(٤) سهامهم وكان ما بقى لموالى أمه إن كانت معتقة، وإن كانت عربية فللمسلمين ولا يكون لعصبتها، وقال ابن مسعود هي عصبة فيكون ما بقى لها فإن لم تكن فعصبتها عصبة^(٥)، وإنما قلنا: إن الفاضل لموالى أمهم لأنهم عصبة له، ولأنه ينسب إلى ولايتهم، وإنما قلنا: إن العربية يكون الفاضل من ميراث ولدها للمسلمين دونها لأن الأم لها رحم محض فلا يكون عصبة بالنسب على وجه كالأخوة من الأم، وإنما قلنا إن عصبتها ليسوا عصبة لولدها لأنهم أخوال وذوو أرحام فلا تعصيب فيهم.

فصل

وإذا ولدت الملائنة توأمين توارثا بأنهما أخوان لأم وأب لأن لعان أبيهما يسقط

(١) انظر المدونة (٨٩/٣).

(٢) ثبت في (ب) شيئاً متقدماً للثبوت.

(٣) روى ذلك عن الأثرم ومحمد بن الحكم وروى أيضاً عن عمر وعثمان والحسن بن على وابن مسعود وبه قال جابر بن زيد والحسن ومكحول وقتادة وحמיד وإياس بن معاوية وإسحاق وبه قال الحسن وهو رواية عن أحمد بن حنبل. انظر المغنى لموفق الدين (٧/١٧١، ١٧٢).

(٤) ثبت في (أ) منهم.

(٥) ذكره ابن قدامة في المغنى. وقال: وروى نحوه عن على ومكحول والشعبي وهو الرواية الثانية عن أحمد بن حنبل. انظر المغنى لموفق الدين (٧/١٢٣).

نسبهما منه دون توريثهما بينهما.

فصل

ولد الزنا لاحق بأمه، والحكم فيه كالحكم في ولد الملاعة إلا أنها إذا ولدت توأمين توارثا بأنهما أخوان لأم بخلاف ولد الملاعة لأنه لا شبهة لهما في نسبهما من واطء لأم.

فصل

الاعاجم إذا انتسبوا^(١) لم يقبل قولهم في أنسابهم في باب التوارث إلا أن تشهد بذلك بينة^(٢) بها، فأما ما يقول القائل منهم: هذا أخي، هذا ابني^(٣) فلا يقبل منه ذلك^(٤)، لأنه يريد بذلك قطع استحقاقنا لإرثه فلا يقبل، فإن كانت ولادتهم في دار الإسلام أنسابهم تثبت، فأما بلدان أعاجم المسلمين الذين يحفظون أنسابهم فإنهم كالعرب في ثبوتها والحكم بها^(٥).

فصل

ولا يرث ذوو الأرحام شيئاً خلافاً لأبي حنيفة^(٦) والشافعي^(٧)، وهم من عدا السبعة عشر الوارثين بالأسباب الثلاثة، وعدة أصول ذوى الأرحام أربعة عشر: ولد البنات، والجد أبو الأم، [والجدة أم أبي الأم]^(٨)، وولد الأخ للأم، وولد الأخوات، وبنات الإخوة وبنات العمومة، والعمة وولدها والخال والحالة وولدهما والعم أخو^(٩) الأب

(١) ثبت في (ب) سبوا.

(٢) ثبت في (ب) أن يشهد بينة بسببها.

(٣) ثبت في (ب) وهذه بتى.

(٤) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافي لابن عبد البر (٢/٤٥٠).

(٥) ثبت في (إ) في ثبوتهم الحكم بها.

(٦) في قوله أنهم يرثون. انظر الاختيار للموصلى (٤/١٨٥)، انظر الفتاوى الهندية (٦/٤٥٨).

(٧) وهو أحد قولين في مذهب الشافعي. والصحيح عند الشافعية: أنهم لا يرثون شيئاً. انظر روضة

الطالبين (٦/٦).

(٨) ما بين المعكوفين سقط من (إ).

(٩) ثبت في (إ) أخ.

لأمه ومن جرى مجراهم في هذا^(١) النسب، ودليلنا ما روى أن رسول الله ﷺ دعى لجنّاة فقيل ترك عمّة وخالة فقال: «اللهم وعمّة وخالة» ثم قال «ما أجد لكم في كتاب الله شيئاً»^(٢)، وفي بعض طرقه «أن جبريل يخبرني أنه لا شيء لهما»^(٣) ولأن كل بنت^(٤) أنثى لم ترث مع أختها إذا انفردت، أصله بنت المولى، ولأن المولى المنعم لما قدم على ذوى الأرحام دل على أنه لا حق لهم في الإرث لأن الولاء^(٥) لا يتقدم على النسب.

فصل

إذا استوفى أهل الفروض^(٦) حقوقهم كان الفاضل^(٧) لبیت المال ولا يرد على ذوى السهام، وذهب على بن أبى طالب رضى الله عنه إلى الرد وتابعه عليه ابن مسعود على اختلاف بينهما في كيفيته وانفقوا على أنه لا يرد على زوج ولا زوجة^(٨)، ودليلنا قوله تعالى في البنت ﴿وإن كانت واحدة فلها النصف﴾ [النساء: ١١]، وفي الأخت ﴿فلها نصف ما ترك﴾ [النساء: ١٧٦] فلم تجز الزيادة عليه، ولأن كل من ورث مقداراً من فريضة لم يستحق زيادة عليه إلا بتعصيب كالزوج والزوجة، ولأن المسلمين يعقلون عنه فجار أن يرثوا ما فضل عن ذوى السهام كالموالى^(٩).

فصل

الحنثى يعتبر منها بالمبال، فإن بال من الذكر حكم له بحكم الذكر، وإن بال من الفرج حكم له بحكم الأنثى، وإن بال منهما جميعاً فهو الحنثى المشكل فيكون له نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الأنثى متفق عليه^(١٠)، لأن أسوأ أحواله أن يكون أنثى، وما

(١) ثبت في (ب) بعد.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٣٤٩/٦) ح (١٢٢٠٣).

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٩٩/٤) ح (٩٨)، والبيهقي في الكبرى (٣٥٠/٦) ح (١٢٢٠٤).

(٤) بنت: سقطت من (ب).

(٥) ثبت في (ب) المولى.

(٦) ثبت في (ب) الفرائض وفي (هـ) إذا استغرق أهل الفرائض.

(٧) ثبت في (ب) كان ما بقى.

(٨) فكان ابن مسعود لا يرد على بنت ابن مع بنت ولا على أخت من أب مع أخت من أبوين ولا

على جدة مع ذى سهم وعلى يورثهم جميعهم. انظر المغنى لموفق الدين (٤٦/٧).

(٩) ثبت في (أ) كالمولى.

(١٠) ذكره ابن المنذر. انظر الإجماع (ص ٧١)، انظر المغنى لموفق الدين (١١٤/٧).

راد عليها فتتارح بينه وبين بقية الورثة وليس لأحد الفريقين مزية على صاحبه لأن الإشكال قائم فوجب أن يقسم بينهما كالتداعي، والخلاف في هذه المسألة كبير^(١) جدًا لا يحتمله هذا الباب.

فصل

إذا اجتمع في شخص واحد سببان يورث بكل واحد منهما فرض مقدر: فإنه يرث بأقواهما، ويسقط الأضعف سواء اتفق ذلك في المسلمين أو المجوس وذلك كالأم تكون أختًا أو الابنة تكون أختًا، ولا يلزم على ما قلناه ابن عم يكون أختًا لأم لأنه بكونه ابن عم لا يرث فرضًا مقدرًا وإنما يرث بالتعصيب، وقال أبو حنيفة يرث بالسببين جميعًا^(٢).

وإنما قلنا ذلك لأنهما سببان يورث بهما عن جنس واحد فإذا اجتمعا لم يرث بهما كالأخ يكون مولى [أو ابن عم يكون مولى]^(٣)، ولأنهما قرابتان يورث بكل واحدة فرضًا مقدرًا فإذا اجتمعا لم يرث بهما، ثم كذا أخت للأب^(٤) والأم لأن كونها أختًا لأب يوجب النصف ولأم يوجب السدس، ثم إذا اجتمعت القرابتان لم ترث بالجميع [وورثه بالأقوى]^(٥).

(١) ثبت في (أ) كثير.

(٢) ذكره الشيخ الموصلي. انظر الاختيار (١٦٥/٤)، انظر الفتاوى الهندية (٤٦٠/٦).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) ثبت في (ب) كالأخت للأب.

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

باب

المجتمع على توريتهم من الرجال عشرة: الابن وابن الابن وإن سفل والأب والجد أبو الأب وإن علا^(١)، والأخ من أى جهة كان وابن الأخ وإن سفل، والعم وابن العم وإن سفل، والزوج ومولى النعمة، ومن النساء سبعة: الابنة وابنة الابن وإن سفلت، والأم والجددة وإن علت، والأخت والزوجة والمولات وكل واحد من الرجال إذا انفرد بالمال أحرزه إلا الزوج والأخ لأم وليس من النساء من يحوز المال إلا المولات فقط^(٢).

فصل

والمواريث ضربان: ضرب بتعصيب، وبفرض مقدر، فالعصبة إذا انفرد بالمال أحرزه وأن كان معه ذو سهم أخذ ما فضل عنه قل أو كثر، وإن لم يفضل شئ سقط والفرض لا يستحق من يرث به شيئاً سواء لا بزيادة ولا بنقصان إلا أن يحجب عنه أو ينقصه العول عند مزاحمة غيره له على ما سنبينه.

فصل

والفرض ضربان^(٣): فرض هو أصل مقدر بالنص وفرض ليس بأصل ولكنه يثبت لعارض أوجب خروجه عن الأصل، فأما الفروض التى هى أصول فسته وهى: النصف ونصفه وهو الربع ونصفه وهو الثمن، والثلاثان ونصفهما وهو الثلث ونصفه وهو السدس:

فالنصف فرض خمسة: ابنة الصلب إذا لم يكن معها ابن وابنة الابن إذا انفردت، والأخت للأب وللأم إذا انفردت، والأخت إذا انفردت، والزوج إذا لم يكن للميته ولد ولا ولد ابن.

والربع: فرض صنفين الزوج مع الولد أو ولد الابن، والزوجة والزوجات إذا

(١) وإن علا: سقطت من (أ).

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافي لابن عبد البر (١٠٥٢/٢)، انظر الثمر الدانى (ص ٢٢٧)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٤٥٩).

(٣) ثبت فى (ب): ضرب.

اجتمعن ولم يكن للميت ولد ولا ولد ابن .

[والثمن: فرض صنف واحد وهو الزوجة والزوجات إذا اجتمعن مع الولد أو ولد الابن]^(١).

والثلثان: فرض أربعة فرض الاثنتين فصاعداً من بنات الصلب إذا انفردن، وللأثنتين فصاعداً من بنات الابن إذا انفردن [والأثنتين فصاعداً من الأخوات للأب والأم، وللأب إذا انفردن]^(٢).

والثلث: فرض صنفين الأم مع عدم الولد أو ولد الابن، أو الاثنتين فصاعداً من الأخوات، وفرض الاثنتين فصاعداً [من ولد الأم.

والسدس: فرض سبعة فرض كل واحد من الأبوين، والجد مع الولد أو ولد الابن، وفرض الجدة والجدات إذا اجتمعن، وفرض بنات الابن مع الواحدة من بنات الصلب إذا انفردن، وفرض الأخوات للأب مع الواحدة من الأخوات للأب والأم إذا انفردن، وفرض الواحد)^(٣) من ولد الابن ذكراً كان أو أنثى وأما الفرض الخارج عن هذه فهو الثلث ما بقى فى ثلاث [مسائل وهى: زوج أو زوجة وأبوان فإنه يفرض للأم فيها ثلث ما بقى]^(٤)، وفى مسائل الجد مع الإخوة إذا كان معهم ذو سهم وكان ما بقى أحظى له.

فصل

الحجب^(٥) ضربان^(٦): إسقاط وحجب عن بعض الميراث.

فأما الإسقاط فلا يكون فى خمسة ويكون فيمن عداهم فولد الصلب والأبوان والزوجان لا يسقطون بوجه، ويسقط ولد الابن بذكور ولد الصلب [ويسقط الجد بالأب

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) الحجب فى اللغة: المنع والستر. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (١/٥٢).

وفى الاصطلاح: منع من قام به سبب الإرث من الإرث بالكلية أو من أوفر حظاً. وذكره

الشيخ أحمد الصاوى. انظر بلغة السالك لأقرب المسالك (٢/٤٥٤).

(٦) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٥٤، ١٠٥٥)، انظر بلغة السالك

(٢/٤٥٤).

فقط^(١)] ويسقط الإخوة والأخوات مع ثلاث ذكور ولد الصلب وولد الابن ومع الأب هذا فى الجملة، فأما التفصيل فيسقط ولد الأب بذكور ولد الأب والأم ومن يسقطهم، ويسقط ولد الأم بأربعة: ولد^(٢) الصلب وولد الابن وبالأب وبالجد ويسقط بنو الإخوة بينى الإخوة للأب وللأم، [ويسقط العمومة بنو الإخوة]^(٣) ويسقط بنو العمومة وكل من أسقط غيره ويسقط من المسقط^(٤)، وتسقط الجدات بالأم، وتسقط أم الأب بالأب، ومن قربت درجته منهن أسقطت البعدى إذا كانت من جهتها فإن كانت من جهتين فإن القربى من جهة الأم تسقط البعدى من جهة الأب والقربى من جهة الأب [لا تسقط البعدى من جهة الأم]^(٥) بل تشاركها فى الميراث، ولا ترث من الجدات إلا جدتان أم الأم وأمهاتها وأم الأب وأمهاتها، ولا ترث أم جد، فإذا استكمل بنات الصلب الثلاثين سقطت بنات الابن إلا أن يكون معهن ذكر فى درجتهم أو أنزل فيعصبهن ويقسم ما بقى بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وإذا استكمل الأخوات للأب وللأم الثلاثين سقطت^(٦) بنات الابن إلا أن يكون معهن ذكر فى درجتهم أو أنزل منهن فيتعصبهن ويقسم ما بقى بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وإذا استكمل الأخوات للأب وللأم الثلاثين سقطت^(٧) الأخوات للأب إلا أن يكون معهن ذكر فى درجتهم لا أنزل منهن، ولا يعصبه ولد الإخوة والأخوات بخلاف ولد الابن فى تعصيبهم بنات الابن الأعلى، وأربعة من الذكور يعصبون الإناث فى درجتهم: ولد الصلب الذكور وذكور ولد الابن والإخوة للأب والأم والإخوة للأب كل صنف من هؤلاء يقتسمون المال مع إناثهم فى درجتهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

وليس فى النساء عصبه إلا الأخوات للأب والأم أو للأب^(٨) إذا انفردن عن إخوة فى درجتهم مع بنات الصلب أو بنات الابن فإنهن يكن عصبه، وترث البنت النصف

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ثبت فى (أ) بولد.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) ثبت فى (ب) أسقط من أسقط المسقط.

(٥) ثبت فى (ب) من جهتها.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٧) ثبت فى (ب) سقط.

(٨) ثبت فى (ب) سقط.

(٩) أو للأب: سقطت من (ب).

والبنات الثلثين وتأخذ الأخوات ما بقى هذا حجب إسقاط .

وأما الحجب عن بعض الفروض فيحجب الزوج عن النصف إلى الربع والزوجات عن الربع إلى الثمن بالولد وولد الابن ذكورهم وإناثهم فقط ، ويحجب الأم عن الثلث حجباً : حجب إلى السدس وهو بالولد وولد الابن أو الاثنتين فصاعداً^(١) من الإخوة والأخوات ، وحجب إلى الثلث ما بقى يحجب بها الأب فى مسألتين : وهما زوج وأبوان ، وامرأة وأبوان ، ويحجب الأب إلى السدس الولد وولد الابن فإن كان الولد ذكوراً أخذوا الباقي ، وإن كانوا إناثاً أخذن فروضهن وأخذ الأب السدس معهن وكان ما بقى له بالتعصب .

(١) فصاعداً: سقطت من (ب).

باب

وأما الجدد فلا باب ينفرد به ولا يحجب إلا من يرث ولا يحجب عبد ولا كافر ولا يحجب غير الوارث إلا في موضوع واحد وهو الإخوة مع الأبوين يحجبون الأم عن الثلث إلى السدس ولا يرثون مع الأبوين^(١) شيئاً.

فصل

النصوص الواردة بتوريث من ذكرناه من عدد الذكور والإناث والإجماع عليه^(٢) مغن عن زيادة فيه، وإنما قلنا إن ما فضل عن ذوى السهام للعصبة لقوله ﷺ: «ما أبقت الفرائض فلأولى عصبة ذكر»^(٣)، وإنما قلنا إنه إذا لم يفضل شيء فلا شيء لهم فإن ذوى السهام إذ أقدموا عليهم كان حقهم فيما فضل عنهم فإذا استغرق ذوا^(٤) السهام المال سقطوا.

وإنما قلنا إن ذوى السهام لا يستحقون زيادة على سهامهم لأن الزيادة على ذلك لا تستحق إلا برد أو تعصيب والرد قد أبطلناه، والتعصيب يستحق الزيادة به، وإنما قصرنا الفروض على الستة المقدرة لأن النص لم يرد بما سواها، وللإجماع على أنه لا مدخل لنا في الفروض^(٥) فيها من خمس أو سبع أو تسع أو عشر فوجب قصرها على ما ذكرناه.

وإنما قلنا إن فرض البنت الواحدة النصف لقوله تعالى: ﴿وإن كانت واحدة فلها النصف﴾ [النساء: ١١] ولا خلاف فيه^(٦)، وإنما قلنا إن البنتين فأكثر لهما الثلثان لقوله

(١) ثبت في (ب) مع الأب.

(٢) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٦ - ٦٩)، انظر الشرح الكبير لابن أبي عمر المقدسي (٣/٤) ط دار الفكر.

(٣) أخرجه البخاري في الفرائض (١٢/١٢) ح (٦٧٣٢)، ومسلم في الفرائض (٣/١٢٣٣) ح (١٦١٥/٢).

(٤) ذو: سقطت من (ب).

(٥) ثبت في (ب) لا مدخل في الفروض. وفي (أ) لا مدخل للباقي للفروض.

(٦) انظر المغنى لموفق الدين (١١/٧)، انظر الإفصاح لابن هبيرة (٣٠٦/٢).

تعالى: ﴿وإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك﴾ [النساء: ١١] ولا خلاف فيه أيضاً^(١).

وإنما قلنا إن للاثنتين الثلثان^(٢) خلافاً لمن ذهب إلى أن لهما النصف^(٣) لأنه قال تعالى: ﴿فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك﴾ [النساء: ١١] فيبين حكم الواحدة وحكم ما زاد على الاثنتين، فكان مفهومه إن كن نساء اثنتين^(٤) فما فوقهما فلهن الثلثان، ولأن لابنة^(٥) الابن مع بنات الصلب السدس تكملة الثلثين، وفائدة ذلك أنها تقوم معها مقام بنت أخرى في استغراق الثلثين، ولأن كل إناث كان فرض الثلاث منهن الثلثين فكذا ذلك فرض الابنتين، أصله الأخوات وإنما قلنا إن فرض الواحدة من بنات الابن النصف وفرض الاثنتين فصاعداً الثلثان للإجماع على قيام ولد الابن مقام ولد الصلب عند عدمهم ولا خلاف في ذلك^(٦).

وإنما قلنا إن فرض الواحدة من الأخوات للأب والأم أو للأب النصف، وفرض الاثنتين فصاعداً الثلثان لقوله تعالى: ﴿إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك...﴾ إلى قوله تعالى: ﴿فلهما الثلثان مما ترك﴾ [النساء: ١٧٦] وهذا عام في الشقائق وولد الأب^(٧).

وإنما قلنا إن كل ما زاد على الاثنتين فرضها الثلثان [لأن كل عدد زاد على الواحدة من فرضها النصف ففرضه الثلثان]^(٨) كالبنات وكالابنتين.

وإنما قلنا إن فرض الزوج مع عدم الولد وولد الابن النصف، ومعهما الربع لقوله تعالى: ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم

(١) ذكره ابن المنذر. انظر الإجماع (ص ٦٦)، انظر المغنى لموفق الدين (٨/٧)، انظر الإفصاح لابن هبيرة (٣٠٧/٢).

(٢) الثلثان: سقطت من (ب).

(٣) وهو رواية شاذة عن ابن عباس كذا ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة المقدسى. انظر المغنى لموفق الدين (٨/٧).

(٤) ثبت في (ب) فوق اثنتين.

(٥) ثبت في (ب) لبنت.

(٦) ذكره ابن المنذر. انظر الإجماع (ص ٦٦)، انظر المغنى لموفق الدين (١١/٧).

(٧) ثبت في (ل) وولد الابن.

(٨) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

الربع مما تركن ﴿ [النساء: ١٢] فلا خلاف في ذلك^(١)، وإنما قلنا الفرض للزوجة والزوجات مع عدم الولد وولد الابن الربع ومع وجودهم الثمن لقوله تعالى: ﴿ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم﴾ [النساء: ١٢] ولا خلاف فيه^(٢).

وإنما قلنا إن فرض الأم الثلث لقوله تعالى: ﴿وورثه أبواه فلأمه الثلث﴾ [النساء: ١١]، وإنما قلنا إن فرض الواحد من ولد الأم السدس، وإن فرض ما زاد عليه الثلث لقوله تعالى: ﴿وله أخ أو أخت فلكل منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث﴾ [النساء: ١٢]، واتفق على أن المراد به الإخوة من الأم^(٣).

وإنما قلنا إن فرض الأبوين مع الولد أو ولد الابن السدس لقوله تعالى: ﴿ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كن له ولد﴾ [النساء: ١١] وإنما قلنا إن الجد كالأب^(٤) للإجماع على قيامه مقام الأب في ذلك عند عدمه^(٥).

وإنما قلنا إن الجدة ترث وأن فرضها السدس، وكذلك الجدات لإجماع الصحابة على توريثهن، وروى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قال: ما أجد لك في كتاب الله شيئاً حتى روى له المغيرة بن شعبة ومحمد بن مسلمة أن رسول الله ﷺ «أطعم الجدة»^(٦) السدس^(٧)، ولأن أم الأم أقيمت مقام الأم عند عدم الأم كما أقيم أبو الأب عند عدم الأب مقام الأب^(٨) فجعل لها أنقص فرضي الأم وهو السدس.

(١) ذكره ابن المنذر. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٧)، انظر المغنى لموفق الدين (١٩/٧)، انظر الإفصاح لابن هبيرة (٣٠٧/٢).

(٢) ذكره ابن المنذر. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٧)، انظر المغنى لموفق الدين (١٩/٧)، انظر الإفصاح لابن هبيرة (٣٠٧).

(٣) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٧) وذكره ابن قدامة في المغنى. انظر المغنى لموفق الدين (٤/٧).

(٤) ثبت في (ب) كذلك.

(٥) ثبت في (ب) عدم الأب.

(٦) ثبت في (ب) أم الأم.

(٧) أخرجه أبو داود في الفرائض (١٢١/٣) ح (٢٨٩٤)، وابن ماجه في الفرائض (٩٠٩/٢) ح

(٢٧٢٣)، والترمذي في الفرائض (٤١٩/٤) ح (٢١٠٠)، والحاكم في المستدرک (٣٣٨/٤)

وقال: على شرط الشيخين.

(٨) مقام الأب: سقطت من (ب).

وإنما قلنا إنهن بينهما إذا اجتمعن لحديث أبي بكر رضى الله عنه أنه شرك بينهما^(١)، وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال: ما أنا بزائد فى الفرائض شيئاً هو السدس فإن اجتمعتا فهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها^(٢)، ولأن كل أنثى لها فرض مقدر^(٣) لا يتغير ولا يساويها الذكر فيه فإذا اجتمعت مع غيرها من جنسها شورك في كالثمن للزوجات.

وإنما قلنا إن فرض بنات الابن [مع بنت الصلب السدس تكملة الثلثين لأجماع الصحابة عليه، ولأن بنات الابن أقمن مقام بنات]^(٤) الصلب فيجب أن يأخذن ما كان بقدر نصيب بنت الابن لو كانت للصلب، فلما لم يمكن ذلك لاستحقاق هذه الابنة للنصف أخذت الفاضل وهو السدس.

وإنما قلنا لا يزدن عليه^(٥) لأنهن لا يبلغن فى القوة مبلغ البنات الصلب وقد ثبت أن بنات الصلب وإن كثرن فلا يزدن على الثلثين فكذلك فيمن قام مقامهن.

وإنما قلنا إن ولد الأب الإناث يأخذن مع الواحدة من ولد الأب والأم السدس للإجماع على أن ولد الابن يقوم مقام ولد الأب والأم عند عدمهم^(٦) كقيام ولد الابن مقام ولد الصلب.

فصل

وإنما قلنا إن الواحد من ولد الأم فرضه السدس ذكراً كان أو أنثى، وإن فرض الجماعة الثلث لقوله تعالى: ﴿وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث﴾ [النساء: ١٢]، ولا خلاف فيه^(٧).

(١) أخرجه مالك فى الموطأ فى الفرائض (٢/٥١٣) ح (٥).

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ فى الفرائض (٢/٥١٤) ح (٦).

(٣) ثبت فى (١) مقتدر.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٥) ثبت فى (ب) عليهن.

(٦) ثبت فى (١) عدمهن.

(٧) ذكره ابن المنذر. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٨)، انظر الإفصاح لابن هبيرة (٢/٣٠٧).

وإنما قلنا فى زوج وأبوين، وامرأة وأبوين^(١) إن للأم ثلث ما بقى خلافاً لإحدى الروایتين عن على رضى الله عنه، وهو قول ابن عباس^(٢) لأننا لو أعطيناها الثلث بكماله كنا قد فضلناها على الأب وذلك غير جائز، أصله حال الانفرد.

وإنما قلنا إن ولد الابن يسقطون بذكور ولد الصلب خاصة للإجماع على ذلك^(٣)، ولأن ميراثهم لقيامهم مقام ولد الصلب فوجب سقوطهم مع وجودهم، وإنما قلنا إنهم لا يسقطون مع غيرهم لأنهم أقوى تعصياً من سائر الورثة عدا ولد الصلب، ولأنهم لما قاموا مقام ولد الصلب^(٤) وجب أن لا يسقطوا بغيرهم اعتباراً بهم، وإنما قلنا إن الجد يسقط بالأب لإجماع الأمة^(٥)، ولأنه يدلى^(٦) به فلم يرث معه.

وإنما قلنا إن الإخوة والأخوات يسقطون مع ذكور الولد وولد الابن لأن تعصيب البنوة أقوى وأقرب من تعصيب الأخوة سقوطهم^(٧) به، ولأن ولد الابن أقرب من الإخوة وهم يسقطون [مع ذكور ولد الصلب فكان الإخوة أولى، وإنما قلنا إنهم يسقطون]^(٨) مع الأب لأن الأب أكد منهم تعصياً^(٩) وأشد منهم قرباً لانضمام الرحم إلى تعصبيهم.

فصل

وقد بينا أن من قوى تعصبيه أسقط من ضعف عنه، وإنما قلنا إن ولد الأم يسقطون بإناث ولد الصلب وولد الابن لأن من حق الإخوة أن يرثوا مع الولد بالتعصيب بدليل

(١) هاتان المسألتان يسميان العمريتين لأن عمر رضى الله عنه قضى فيهما أن للأم ثلث ما بقى وتابعه فى هذا القضاء عثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود وروى ذلك عن على وبه قال الحسن والثورى والشافعى رضى الله عنهم وأصحاب الرأى. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٢٠، ٢١).

(٢) وهو أن للأم ثلث جميع المال. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٢١).

(٣) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٦)، انظر الإفصاح لابن هبيرة (٢/ ٣٠٨)، انظر مراتب الإجماع لابن تيمية (ص ١٠٤).

(٤) ثبت فى (ب) مقامهم.

(٥) قال ابن المنذر: وأجمعوا على أن الجد أبأ الأب لا يحجبه عن الميراث غير الأب. انظر الإجماع (ص ٦٩)، انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٦٤).

(٦) ثبت فى (أ): بدئ به.

(٧) ثبت فى (أ) سقوطهم.

(٨) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٩) ثبت فى (ب) لأن الأب أقرب تعصياً منهم.

أن الإناث منهن يصرن مع البنات عصبية بانفرادهن [فى ولد الأم]^(١) وولد الأم لا تعصيب فيهم، وإنما قلنا إنهم يسقطون مع الأب والجد لأن تعصيب الأبوة يسقط تعصيب الأخوة، ولقوله تعالى: ﴿إِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتُ﴾ [النساء: ١٢] فقليل فيه: إن الكلاله أحد عمودى النسب، وإنما قلنا إن بنى الإخوة يسقطون بالإخوة لأنهم يدلون بهم، ولأن الإخوة أقرب من بنى الإخوة كما أن ولد الصلب أقرب من ولد الابن.

وإنما قلنا إن الإخوة يسقطون بالجد لأن الجد أقوى تعصيباً منهم لأنه يدل على الأبوة وبنو الإخوة^(٢) يدلون بالأخوة لأن الجد يدل على الأبوة [وابن الأخ يدل على الأخ فكان الجد أولى، وإنما قلنا إن العمومة يسقطون ببنى الإخوة لأن بنى الإخوة أقرب لأنهم يدلون بالبنوة، والعم يدل على الأبوة لأن ابن الأخ يقول إني ابن ابنك والعم يقول]^(٣) أنا أخو أبيك فكان ابن الأخ أقرب، وإنما قلنا إن العمومة يسقطون أولادهم لأنهم بهم يدلون.

وإنما قلنا إن الجدات يسقطن بالأم لأن توريثهن إنما كان لأنهن أقمن مقام الأم وجعل لهن أقل نصيباً فوجب سقوطهن معها، وإنما قلنا إن أم الأم لا تسقط بالأب لأنها أقيمت مقام الأم فلما لم تسقط الأم بالأب كذلك من أقيم مقامها، ولا يلزمه عليه أم الأب لم تقم مقام الأب وإنما أقيم جملة الجدات مقام الأم.

وإنما قلنا إن أم الأب تسقط مع الأب خلافاً لابن مسعود وغيره^(٤)، واعتباراً بأبى الأب بعلة أنه يدل على بتعصبيه فإذا وجد أسقطه وإنما قلنا إن القربى منهن تسقط البعدى من جنسها اعتباراً بالأم والجدة، ولأن البعدى تدلى بالقربى، وإنما قلنا إن القربى من جهة الأم تسقط البعدى من جهة الأب لأن الأم تسقط أم الأب^(٥) كذلك أم الأم تسقط أم الأب، وإنما قلنا إن البعدى من جهة الأم لا تسقط بالقربى من جهة الأب خلافاً لما

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ل).

(٢) ثبت فى (ب) وبنو الأخ.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ل).

(٤) روى ذلك أيضاً عن عمر رضى الله عنه وابن مسعود وأبى موسى وعمران بن الحصين وأبى الطفيل رضى الله عنهم وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وجابر بن زيد والعنبري وإسحاق وابن المنذر وهو ظاهر مذهب أحمد بن حنبل رضى الله عنه كذا ذكره الشيخ مرفق الدين بن قدامة (٥٨/٧، ٥٩).

(٥) ثبت فى (ب) أم الأم.

روى عن ابن مسعود^(١) وهو أحد قولى الشافعى^(٢)، لأن أم الأب تدلى بالأب والأب إذا اجتمع مع أم أم الأب لم يحجبها فبان لا يحجبها من يدلى بالأم^(٣) أولى، وإنما قلنا إن أم أبى الأب لا ترث شيئاً خلافاً لما روى عن زيد بن ثابت وغيره^(٤) لأنها أم جد فأشبهت أم أبى الأم^(٥)، ولأن جهة^(٦) الأم فى باب الجدات أقوى من جهة الأب فإذا لم يرث من جنبها إلا جدتان فجبهة الأب بذلك أولى.

وإنما قلنا إن بنات الصلب إذا استكملن الثلثين سقط بنات الابن لأن حقهن كان فى تكميل الثلثين لقيامهن مقام بنت أخرى من بنات الصلب إذا كان بنات الصلب أكثر من واحدة سقطن معهن، وإنما قلنا إنه إذا كان معهن ذكر فى درجتهم عصبن خلافاً لابن مسعود فى قوله لا شيء لهن وأن الباقي للذكر وحده^(٧)، لأنه مال ورثه بنو الابن بالتعصيب فوجب أن يشاركهم بنات الابن فيه، أصله جهة المال^(٨) وهو مال الانفراد، وإنما قلنا إنه إذا كان أنزل منهن ذكر عصب من فوقه لأن أصول الفرائض مبنية على أنه لا يجوز أن يرث الأبعد من الولد ويسقط الأقرب، ولأننا وجدنا البطن الأوسط أقرب من البطن الأسفل ألا ترى أنه إذا اجتمع ثلاث بنات بعضهن^(٩) أسفل من بعض كان للبنت العليا النصف وللوسطى السدس وتسقط السفلى، وإذا ثبت ذلك ثم اتفقنا على أنه لو كان مع السفلى ذكر فى درجتها عصبها كان بأن يعصب الوسطى أولى.

وإنما قلنا إنه إذا استكمل ولد الأب والأم الثلثين سقط الأخوات للأب للعلة التى ذكرناها فى سقوط بنات الابن إذا استكمل بنات الصلب الثلثين، وكذلك تعصيب

(١) روى عن على عليه السلام: أن البعدى من جهة الأم تحجب القرى من جهة الأب وهو إحدى الروایتين عن زيد وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأهل العراق وهو قول للشافعى وهو رواية عن أحمد بن حنبل. انظر المغنى لموفق الدين (٥٦/٧، ٥٧)، انظر الإفصاح لابن هبيرة (٣٢١/٢).

(٢) ذكره الشيخ الشيرازى. انظر المهذب (٢٦/٢)، انظر مغنى المحتاج (١٣/٣).

(٣) ثبت فى (ب) الأب.

(٤) وروى ذلك عن على وابن مسعود وروى نحوه عن مسروق والحسن وقتادة وبه قال الأوزاعى وإسحاق. انظر المغنى لموفق الدين (٥٤/٧).

(٥) ثبت فى (ب) أم جد.

(٦) ثبت فى (ب) جنبية.

(٧) ذكره ابن قدامة. انظر المغنى لموفق الدين (١٠٤٩/٧).

(٨) ثبت فى (ل) جملة المال.

(٩) ثبت فى (ب) ثلاث بنات ابن بعضهن.

إخوتهن لهن، وإنما قلنا إن الذكر الأنزل منهن لا يعصب عما به بخلاف ولد الابن لمعنيين: أحدهما أن ابن الابن^(١) لما عصب من في درجته جاز أن يعصب من فوقه، وليس كذلك ابن الأخ^(٢) لأنه لا يعصب من في درجته فلم يعصب من فوقه، والآخر أن الذى يعصب غيره من حقه أن يشاركه فى الجهة^(٣) التى يعصبها بها كابن الابن^(٤) يشرك من فوقه فى البنوة فعصبهن، وابن الأخ لا يشارك الأخت فى الأخوة فلم يعصبها.

وإنما قلنا إن ولد الصلب يقتسمون المال للذكر مثل حظ الأنثيين لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمُ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حِظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ [النساء: ١١] وقد بينا أن ولد الابن يقومون مقام ولد الصلب فكان حكمهم عند عدمهم كحكم ولد الصلب وإنما قلنا إن الإخوة للأب والأم أو للأب يقسمون المال إذا تفردوا للذكر مثل حظ الأنثيين [لقوله تعالى: ﴿وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين﴾]^(٥) [النساء: ١٧٦].

وإنما قلنا إنه ليس فى النساء عصبية لأنهن يرثن بفرض مقدر والعصبية لا ترث بفرض لأن ذلك ميراث الرحم، وإنما قلنا إن الأخوات يكن عصبية مع البنات خلافاً لمن قال لا يرثن أصلاً مع البنات^(٦)، لقوله تعالى: ﴿وَاللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون﴾ [النساء: ٧] فعم، وحديث أبى موسى وسلمان بن ربيعة لما سألهما السائل عن بنت وبنت ابن وأخت فقط فقالا: للبنت النصف وما بقى للأخت، وأنت ابن مسعود فسأله. فأثاه فأخبره فقال: سأقضى فيها بقضاء رسول الله ﷺ للبنت النصف ولبنت الابن السدس وما بقى للأخت^(٧)، ولأن الأخت مع ابن العم إذا اجتمعا لم يجز أن يحصل^(٨) الإرث

(١) ثبت فى (ب) أن ابن ابن الابن.

(٢) ثبت فى (ب) ابن الأم.

(٣) ثبت فى (أ) الجملة.

(٤) ثبت فى (ب) كابن ابن الابن.

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب)، (هـ).

(٦) وهو قول ابن عباس ومن تابعه. انظر المغنى لموفق الدين (٦/٧)، انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٣٧٣).

(٧) أخرجه البخارى فى الفرائض (١٨/١٢) ح (٦٧٣٦)، والترمذى فى الفرائض (٤/٤١٥) ح (٢٠٩٣)، وابن ماجه فى الفرائض (٩٠٩/٢) ح (٢٧٢١)، وأحمد فى المسند (٥٠٦/١) ح (٣٦٩٠).

(٨) ثبت فى (ب) يخلص.

لابن العم وتسقط الأخت، أصله إذا انفرد^(١).

وإما حجب الزوج عن النصف إلى الربع والزوجات عن الربع إلى الثمن بالولد وولد الابن فللنص الوارد به، وللإجماع إلا من شذ ولا يعتد به في قوله: إن ولد الابن لا يحجبون^(٢)، وإنما قلنا إن الأم يحجبها عن الثلث إلى السدس الولد لقوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١١]، ولا خلاف فيه^(٣)، وإنما قلنا إن الإخوة يحجبونها إلى السدس لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ [النساء: ١١]، وإنما قلنا إن الحجب يحصل بالأخوين خلافاً لابن عباس في قوله: إن الحجب لا يكون إلا بثلاثة^(٤) لأنه فرض يتغير بعدد من الإخوة والأخوات فوجب أن يتغير بالاثنتين، أصله شركة ولد الأم في الثلث، والتعلق بالظاهر على قول مالك رحمه الله بعيد لأن أصوله تدل على أن أقل الجمع ثلاثة، وإنما يتم على قول من يقول من أصحابنا إن أقل الجمع اثنان، وهو قول عبد الملك بن الماجشون وغيره من أصحابنا.

وإنما قلنا إن الولد يحجب^(٥) الأب إلى السدس للنص، وقلنا إن ذكور الولد يأخذون باقى المال لقوله ﷺ «ما أبقت الورثة فالأولى عصبه ذكر»^(٦)، وقلنا إنه إذا لم يكن غيره أخذ الباقي بالتعصيب لأنه ليس ثم من هو أولى منه فكان له بالخبر الذى رويناه وإنما قلنا لا يحجب عبد ولا كافر خلافاً لابن مسعود في حجبهم لهم وما حكى عنه^(٧) أنهم يحجبون عن بعض المال دون جميعه^(٨) لأن كل من لا مدخل له [في الإرث بحال فلا مدخل له]^(٩) في الحجب، أصله ذوو الأرحام، ولا يدخل عليه الإخوة للأم مع الأبوين لأن لهم مدخل^(١٠) في الإرث، ولأنه أحد نوعى الحجب كالإسقاط.

(١) ثبت في (ب) انفردوا.

(٢) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٧)، انظر المغنى لموفق الدين (١٨/٧).

(٣) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٧٠)، انظر المغنى لموفق الدين (١٦/٧).

(٤) ذكره ابن قدامة في المغنى. وقال: وحكى ذلك عن معاذ. انظر المغنى لموفق الدين (١٦/٧).

(٥) ثبت في (ب) يحجبون.

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) ثبت في (أ) عنهم.

(٨) ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة. انظر المغنى لموفق الدين (١٩٢/٧).

(٩) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(١٠) ثبت في (ب) مدخلاً.

باب

قد بينا ترتيب الموارث على السهام، ورأينا إعادته مرتباً على النسب ليجتمع لمن يريد معرفة كل فصل منه^(١) والله الموفق للصواب، وقد بينا أن الميراث لا يخلو أن يكون بنوة أو أبوة أو أخوة أو بنو إخوة أو عمومة [أو بنو عمومة]^(٢) ونحن نبين كل نوع منه.

فصل

وأما ولد الصلب فإن الذكر منهم يحوز المال إذا انفرد به والذكور يقتسمونه بالسوية، فإن كان معهم ذو فرض أخذ فرضه واقتسموا الباقي على ما ذكرناه من حوز المنفرد له وتساوى الجماعة فيه، والبنت الواحدة إذا لم يكن أحد من ذكور ولد الصلب تأخذ النصف والاثنتان فما فوقهما الثلثان، [فإن كان مع الواحد أو الجماعة من البنين]^(٣) رالت فرائضهن واقتسموا [المال للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كان معهم ذو فرض بدىء به واقتسموا هم]^(٤) الباقي على ما ذكرناه، وقد دللنا على هذه الجملة، ولا يسقط ولد الصلب بوجه.

فصل

وأما ولد الابن فسييلهم إذا لم يكن أحد من ولد الصلب فى الميراث سبيل ولد الصلب يرثون كما يرثون ويحجبون من يحجبون إلا أنهم^(٥) يسقطون مع ذكور ولد الصلب، وتأخذ ابنة الصلب معهم النصف والابنتان فصاعداً الثلثان يكون الباقي لولد الابن إن كانوا ذكوراً وإناثاً فى درجته وإن كن إناثاً فقط أخذت الابنة النصف، وإناث ولد الابن الواحدة أو الجماعة السدس تكملة الثلثين، وكان ما بقى للذكر إن كان أنزل منهن أو لغيره من العصبية، وإن كن إناث ولد الصلب أكثر من واحدة أخذن الثلثين، ثم ينظر فإن كان ولد [الابن]^(٦) ذكوراً أو ذكوراً وإناثاً فى درجة أخذوا الباقي للذكر مثل

(١) ثبت فى (ب) كل فضل منه. وفى (ل) كل فعل منه.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ل).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ل).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ل).

(٥) ثبت فى (ل) لأنهم.

(٦) بداية سقط سيتم التنبيه على نهايته قريباً.

حظ الأثنيين، ولا يعتبر الأضر بهن من السدس أو المقاسمة، وإن كن إنائًا فقط فلا شيء لهن والباقي للعصبة، وإن كان معهن ذكر أنزل منهن عصب من فوقهن منهن وأخذوا الباقي للذكر مثل حظ الأثنيين، فإن كن بنات ابن بعضهن أسفل من بعض أخذت العليا النصف والوسطى السدس تكملة الثلثين وسقطت السفلى إلا أن يكون معها أو أنزل منها ذكر فيعصبها أو يعصب من معه في درجته معها، وإن كان مع الوسطى ذكر أخذ المال الباقي مقاسمة وسقط من بعده، وإن كان العليا اثنتان أخذتا الثلثين وسقطت الوسطى ومن بعدها إلا أن يكون معهن ذكر في درجتهم أو أنزل.

وكل هذا قد دللنا عليه في الباب الأول فلا حاجة بنا إلى إعادتها إلا في موضع واحد وهو أخذ ولد الابن مع بنت الصلب ما بقي فإننا نقول: يأخذونه مقاسمة ويسقط السدس وهو قول على وزيد رضى الله عنهما، وقال ابن مسعود يعتبر ما هو أضر بهن من السدس أو المقاسمة فيكون لهن^(١).

وإنما قلنا ذلك لأن حق^(٢) كل ذكور عصبوا إنائهم في موضع عصبوهن في كل موضع، أصله البنون والبنات والإخوة والأخوات، ولأنه لما لم يعتبر هذا الأضرار في الأفراد فكذلك فيما يأخذونه باقيًا عن ابنة الصلب ولأن الإضرار بهن ولا وجه لاعتباره بل لا فضل بين القائل به وبين معتبر الأضرار بالذكور.

فصل

وأما الأب فلا يسقط بوجه، وله ثلاثة أحوال: حال يأخذ فيها بالتعصب المحض، وحال يأخذ فيها بالفرض المحض، وحال يأخذ فيها بالفرض والتعصب، ونحن نبين ذلك: أما إذا انفرد بالمال فإنه يحوزه فإن كان معه ذو فرض سوى إناث الولد أو ولد الابن فإنه يأخذ فرضه ويكون الباقي للأب وإن كان منه ولد أو ولد ابن ذكراً أو أنثى أخذ السدس بالفرض ثم كان الباقي للذكور والإناث، وإن لم تكن إلا إناث فقط أخذن فروضهن وأخذ هو السدس بالفرض وإن بقي شيء أخذه بالتعصب.

وأما الأم ففرضها الثلث سواء انفردت بالمال أو كان معها غيرها لا تحجب عنه إلا في ثلاثة مواضع، أحدها: أن يكون معها ولد أو ولد ابن ذكراً كان أو أنثى، والثاني: أن

(١) ذكره ابن قدامة وقال: وهو قول جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم إلا ابن مسعود ومن تابعه. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/٧)، انظر الشرح الكبير لابن أبي عمر (٣٠/٤).

(٢) حق: سقطت من (هـ).

يكون معها اثنان من الإخوة والأخوات يرثون أو يسقطون، والثالث: أن يكون معها أباً^(١) ورج أو زوجة فإنها تأخذ منها ثلث ما بقى مع الأب وقد دللنا على هذا أيضاً فيما تقدم.

فصل

وأما الجدة فلا يسقط إلا مع الأب، وإذا انفرد بالمال أحرره، فإن كان معه ذو فرض بدىء به وأخذ الباقي عنه، وإن كان معه ذكر من ولد الصلب أو ولد الابن أخذ السدس وأخذ الابن ما بقى، وإن كان ولد الصلب إنائاً أخذ السدس وإن فضل من المال شيء أخذه بالتعصيب^(٢).

وإن كان معه إخوة نظر: فإن لم يكن غيرهم لم يخل أن يكونوا ذكوراً فقط أو ذكوراً وإنائاً، فإن كان معه ذكور فقط من جنس واحد مثل أن يكونوا إخوة للأب والأم أو للأب فإن الجدة يكون كواحد منهم يقاسمهم ما كانت المقاسمة لا تنقصه من الثلث مثل: أن يكون معه أخ أو أخوان نقصت المقاسمة عن الثلث فرض له الثلث وكان الباقي للإخوة.

وإن كان معه أخوات فقط فإنه يكون معهن كأخ يقاسمهن المال للذكر مثل حظ الأنثيين ما لم تنقصه المقاسمة عن الثلث، فإن نقصت فرض له الثلث ولا ينقص منه، فإن كان^(٣) معه ذكور وإنات كان كأخ معهم يقاسمهم ما لم تنقصه المقاسمة عن الثلث فيفرض له الثلث على ما بيناه فإن كان معه ذو سهم كالأم والزوجة والبنت وبنت الابن فينظر للجدة حال من ثلاثة: فيعطى أنفعها له من المقاسمة أو السدس من رأس المال أو ثلث^(٤) الباقي بعد أخذ ذوى الفرض فرضهم، فإن كان معهم إخوة لأب فإنهم يعادون الجدة بهم فى المقاسمة ثم يرجع ولد الأب والأم على ولد الأب فيأخذون ما معهم، فإن فضل شيء كان لهم وإن لم يفضل شيء فلا شيء لهم، مثاله: أن يكون جد وأخ لأب وأم وأخ لأب ليقسم المال بينهم أثلاثاً يرجع الأخ للأب والأم على الأخ للأب فيأخذ ما بيده فلا يبقى له شيء، فإن كان جد وأخت للأب والأم وأخت للأب فإن المال بينهم

(١) ثبت فى (١) ابن هـ

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (١٠٥٩/٢).

(٣) نهاية سقط من (ب) كان قد نبهنا عن بدايته من قليل.

(٤) ثبت فى (١) بما أو ثلث.

على أربعة أسهم: للجد سهمان ولكل أخت سهم ثم ترجع الأخت للأب والأم على الأخت للأب فتأخذ ما بيدها وتبقى بغير شيء وإن كان جد وأخت لأب وأم وأخ للأب فالمال بينهم على خمسة أسهم: للجد سهمان وللأخت سهم وللأخ سهمان ثم ترجع الأخت للأب والأم على الأخ للأب فتأخذ ما بيده تمام النصف فتكسر الفريضة فتضرب في مخرج النصف وهو اثنان فيكون عشرة: للجد أربعة، وللأخت خمسة وللأخ سهم، وهو قدر مسألة الأكدرية^(١) وحدها^(٢) وتسمى الغراء^(٣) وهى: زوج وأم وأخت لأب وأم أو لأب وجد^(٤)، فإنه يفرض للأخت النصف وللجد السدس وتعال المسألة إلى تسعة ثم يجمع نصيب الأخت إلى نصيب الجد فيقسم للذكر مثل حظ الأنثيين فينكسر فتضرب التسعة في ثلاثة فتكون سبعة وعشرون، ولا يسقط الأخ مع الجد إلا في موضع واحد وهو زوج وأم^(٥) وأخ وجد فإن الجد له السدس ويسقط الأخ.

فصل

وأما ميراث الجد وإسقاط الأب له^(٦) وكونه عصبه فمعلوم كل ذلك بالإجماع^(٧) وأغنى عن زيادة عليه، وإنما قلنا إنه إذا كان معه ذو فرض أخذ الباقي بعد الفرض لأن ذلك سييل العصبات إنهم يأخذون الفاضل عن ذوى السهام، وإنما قلنا فى ميراثه مع الولد ما قلناه اعتباراً بالأب لأنه ذكر له ولادة، أو لأنه يقوم مقامه.

(١) قال ابن عرفة: سميت بالأكدرية؛ لأن عبد الملك بن مروان طرحها على رجل يقال له: أكدر كان يحسن الفرائض فأخطأ فيها. انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٤٦٤).

وقال ابن قدامة: سميت بذلك لتكديرها لأصول زيد فى الجد فإنه أعالها ولا حول عنده فى مسائل الجد وفرض للأخت معه ولا يفرض للأخت مع الجد وجمع سهامه وسهامها فقسما بينهما ولا نظير لذلك. انظر المغنى لموفق الدين (٧/٧٦).

(٢) ثبت فى (١) وحده.

(٣) قال ابن عرفة: سميت الغراء لشهرتها فى الفرائض كغرة الفرس. انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٤٦٤).

(٤) وجد: سقطت من (ب).

(٥) وأم سقطت من (ب).

(٦) ثبت فى (ب) وإسقاط الأب وحده.

(٧) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٩)، انظر المغنى لموفق الدين (٧/٦٤).

فصل

وإنما قلنا إن الإخوة يرثون مع الجد، خلافاً لأبي حنيفة^(١) لأن الأخ الذكر يعصب أخته فلم يسقطه الجد كالابن، ولأن الأخت أنثى فرضها النصف إذا انفردت فلم يسقطها الجد كالبنت، ولأن تعصيب الأخ أقوى من تعصيب الجد لأنه تعصيب بنوة و [تعصيب الجد تعصيب أبوة، ولأنه يعصب أخته بخلاف الجد فامتنع مع قوة]^(٢) تعصبيه عليه أن يسقط به.

فصل

وإنما قلنا إنه يقاسم الذكور منهم ما لم تنقصه المقاسمة عن الثلث خلافاً لمن قال ما لم ينقصه عن السدس^(٣) وقول من قال عن نصف السدس^(٤)، لأن كل حجب انحصر بعدد استوى^(٥) فيه الاثنان والثلاثة، أصله حجب الأم عن الثلث أو السدس، ولأن الجدة قائمة مقام الأم كقيام الجد مقام الأب ثم قد ثبت أن الجدة لا تنقص عن نصف نصيب الأم إذا انفردت وهو الثلث، فكذا يجب أن يكون الجد لا ينقص عن نصف الأب إذا انفرد وهو الثلثان.

فصل

وإنما قلنا إنه يقاسم الأخوات إذا انفردن معه عن إخوة خلافاً للقول بأنه لا يقاسمهن إلا إذا كان معهن إخوة^(٦)، لأن كل شخص قاسم ذكراً من أهل الموارث^(٧) في الأخذ

(١) ذكره الشيخ الموصلي، انظر الاختيار (١٧٩/٤).

وقال صاحب الفتاوى الهندية: وهو يحجب جميع الإخوة والأخوات عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعليه الفتوى كذا في الكافي. انظر الفتاوى الهندية (٤٤٨/٦).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) وهو قول عامة أهل العلم إلا أن الشعبي روى عنه أنه قال: إن ابن عباس كتب إلى علي في ستة إخوة وجد فكتب إليه: اجعل الجد سابعهم وامح كتابي هذا وروى عنه في سبعة إخوة وجد أن الجد ثامنهم. انظر المغنى لموفق الدين (٧٠/٧).

(٤) روى ذلك عن عمران بن حصين والشعبي. انظر المغنى لموفق الدين (٧٠/٧).

(٥) ثبت في (ب) استوفى.

(٦) وهو قول علي وبه قال الشعبي والنخعي والمغيرة بن المقسم وابن أبي ليلى والحسن بن صالح.

انظر المغنى لموفق الدين (٦٧/٧).

(٧) ثبت في (ب) الميراث.

بالتعصيب وجب أن يقاسم الأنثى التى فى درجته، أصله الأخ للأب والأم لأنه لو كان أخوان لأب وأم تقاسما، فإذا كان معهم أخت تقاسموا وكذلك البنون والبنات.

فصل

وإنما قلنا إنه يقاسم إذا كان معه ذو سهم بعد أخذ ذى السهم^(١) سهمه لأن تعصبيه يوجب المقاسمة كتعصيب الأخ، أصله إذا لم يكن معه ذو سهم.

فصل

وإنما قلنا يأخذ ثلث ما بقى إذا كان أحظ له لأن الأصل فى المواريث أن العصبية^(٢) أولى بما يبقى، وحق ذى السهم^(٣) كحق الغريم [فإذا أخذ ذو السهم حقه صار الفاضل عن ذلك كالفاضل عن الغريم]^(٤) فكان كأصل المال الموروث، ألا ترى أن العصبية إذا كانوا ذكورا وإنثاءا يتقسمونه للذكر مثل حظ الأنثيين، فلما كان الجدد يقاسم الإخوة فى أصل المال إلى الثلث فكذلك فيما بقى.

فصل

[وإنما قلنا إنه لا يتقص من السدس الكامل إذا كان أحظ له لأن الابن أقوى من الأخ ثم له السدس معه فمع الأخ أولى]^(٥).

فصل

وإنما قلنا إنه لا فرق بين أن يكون ذو السهم مع الأخوات إنثاء الولد أو غيرهم وهو مذهب ريد، خلافا لمن منع المقاسمة بناء على أصله^(٦) فى أن الجدد لا يقاسم مع الأخوات وحدهن، لأنه قد ثبت قوة الأخ على الأخت، ثم للجدد أن يقاسم الأخ لو كان مع البنت فكان بمقاسمة الأخت أولى لأن كون الأخت عصبية لا يوجب إعطاء الجدد

(١) ثبت فى (أ) ذوى السهم.

(٢) ثبت فى (أ) التعصيب.

(٣) ثبت فى (ب) ذوى السهم.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٦) ذكره ابن قدامة فى المغنى. انظر المغنى لموفق الدين (٦٧/٧).

السدس لأن الجلد أيضاً عصبية، وكل عصبية قاسم ذكراً من أهل الميراث فإنه يقاسم كل أنثى فى درجته كالإخوة والأخوات.

فصل

وإنما قلنا إنه إذا كان مع ولد الأب والأم عادوا الجلد بهم، خلافاً لما ذهب إليه على وابن مسعود^(١) من منع المعادة^(٢) بناء على أصلهما فى أن الأخ لأب والأم يحجب الأخ للأب وأن الأخت للأب والأم مع الأخ للأب إذا كان لا يقاسمهما على الانفرد^(٣) لا يقاسمهما مع الجلد فيصير كأنه ليس إلا الأخت والجد، ودليلنا أن الجلد له ولادة فإذا جار حجبه بأخوين وارثين جار حجبه بإخوة أحدهما وارث والآخر غير وارث، أصلها الأم يحجبها الإخوة من الأم وإن لم يرثوا مع الأب.

فصل

وإنما قلنا إن ولد الأب والأم يرجعون على ولد الأب لأن حجبتهم ليس لأجل ميراثهم ولكن لأجل غيرهم فلم يكن لهم حظ فيما يحجبون فيه كولد الأم إذا حجبتوا الأم مع وجود الأب.

فصل

وإنما قلنا له السدس^(٤) فى مسألة الأكدرية لأنه قد ثبت بما قدمناه أن الجلد لا ينقص عن السدس وأن الأخت لا تسقط فلو لم تعل الفريضة لأدى إلى بطلان أحد الأصلين.

فصل

وإنما قلنا فى زوج وأم وجد: إن الأخ يسقط لأننا لو لم نفعل ذلك لأدى إلى أمور ممنوعة: إما إلى أن ينقص الزوج عن النصف وذلك غير جائز، أو الأم عن الثلث^(٥) وذلك يؤدى إلى حجب الجلد أو الأخ لها وذلك غير جائز أيضاً أو أن ينقص الجلد عن

(١) ذكره ابن قدامة فى المغنى . انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٧١).

(٢) ثبت فى (ب) المعادة.

(٣) بداية سقط منته على نهايته بعد قليل.

(٤) السدس: سقطت من (أ)، (هـ).

(٥) عن الثلث: سقطت من (أ).

السدس وذلك ممتنع أيضاً لأنه مع الابن الذى هو أقوى من الأخ لا ينقص عن السدس فكان الأخ أضعف عن أن يحجبه ولم يكن الأخ ممن له رحم، فتعال المسألة له، والفرض لا يكون للعصبة لأن حظهم فيما بقى فلم يبق إلا سقوطه وصار كأنه عصبة لم يفعل له شىء.

فصل

وأما الجدات فقد ذكرنا أن فرضهن السدس، فإذا انفردت واحدة منهن أخذته، وإن اجتمعتا كان بينهما، وأن الجدة لا ترث مع الأم من أى جهة كانت وإنما من جهة الأم ترث مع الأب^(١) ولا ترث معه إن كانت^(٢) من جهته، وأنه لا يرث إلا جدتان أم الأم وأم الأب وأمهاتهن وأنها إذا اجتمعتا أسقطت القربى من جهة الأب بالبعدى من جهة الأم^(٣)، وقد بينا الحجة لكل ذلك بما يغنى^(٤) عن إعادته.

فصل

فأما ميراث الإخوة والأخوات فإنه على ضربين: بتعصيب وبفرض، بالتعصيب^(٥) بذكور ولد الأب والأم وولد الأب على كل وجه، ولأنهن^(٦) مع البنات وبنات الابن فقط، والفرض للإناث ولد الأب والأم وولد الأب وبجملة ولد الأم ذكورهم وإناثهم بفرض الواحد للأب والأم، والأب إذا انفردت النصف، وفرض الاثنين فما زاد الثلثان فإن كان معهن أخ فى درجتهم قاسمهن للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كان مع الأخت للأب والأم إخوة لأب أخذت النصف وأخذ ولد الأب ما بقى، وإن كانت^(٧) إناث ولد الأب والأم أكثر من واحدة أخذن الثلثين وأخذ ولد الأب ما بقى، وإن كان معها أخت لأب أخذت الأخت أو الأخوات السدس تكملة الثلثين وما بقى أخذه^(٨) العصبة، فإن

(١) نهاية السقط الذى نبهنا عليه من قبل وهو ساقط من (ب).

(٢) ثبت فى (أ) إن كان.

(٣) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (١٠٦٢/٢)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٦٢/٤).

(٤) ثبت فى (أ) يمنع.

(٥) ثبت فى (ب) وفرض بالتعصيب.

(٦) ثبت فى (أ) ولا بأنهن.

(٧) ثبت فى (أ) كان.

(٨) ثبت فى (ب) أخذته.

كان مع الإخوات^(١) للأب إخوة قاسموهن الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين وسقط اعتبار السدس، وإن كن الأخوات للأب [والأم اثنتين فصاعداً أخذن الثلثين وسقط الأخوات للأب إلا أن يكون]^(٢) معهن ذكر^(٣) فى درجتهم يعصبن إذا كانوا فى درجتهم لا أنزل منهن بخلاف ولد الابن.

وأما الإخوة للأم ففرض الواحد السدس ذكراً كان أو أنثى، وفرض الاثنتين فصاعداً الثلثان لا يرادون عليه ويحجب جنس الإخوة جملة ذكور الولد وولد الابن ويزيد عليهم ولد الأم بأنهم يسقطون مع إناث الولد وولد الابن مع الجد، ويسقط جملة ولد الأب بذكور ولد الأب والأم^(٤)، وقد بينا كل هذا مقروناً بحججه، فإن استغرق المال الأنصاء سقط العصبية منهن وأعيى لغير^(٥) العصبية مثل: زوج أم وأخوين لأم وأخ لأب فإن الأخ يسقط لأنه لم يبق^(٦) له شىء، فإن كان أخاً أو إخوة^(٧) لأب وأم فاختلف الصحابة فيهم فممنهم من بناء على الأصل [فى أنه عصبية لم يبق له شىء فيسقط]^(٨) ومنهم من شرك بين ولد الأب والأم وبين ولد الأم وهو مذهب أصحابنا.

ولما قلنا ذلك لأن الذى استحق ولد الأم به الإرث^(٩) هو ولادة الأم وهذا يشركهم فيه ولد الأم، ولأن ريادتهم بالأب لا يسقط رحمهم بالأم، فإن أمكن ريادتهم فى الميراث به وإلا فلا أقل من أن يكون وجوده كعدمه وهو تأويل قول عمر رضى الله عنه لم يزداهم الأب إلا قري، وقولهم: هب أبانا كان حماراً أليس أمنا واحدة^(١٠).

(١) ثبت فى (١) الأخت.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٣) ثبت فى (ب) ذكور.

(٤) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (١٠٥٧/٢).

(٥) ثبت فى (ب) الغير.

(٦) ثبت فى (ب) لم يكن.

(٧) ثبت فى (ب) أخاً وأخوه.

(٨) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٩) ثبت فى (ب) الثلث.

(١٠) أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه (٢٥١/١٠).

فصل

وأما بنو الإخوة يرثون بالتعصيب المحض، ويحجبهم ذكور الولد وولد الابن والاب والجد والإخوة^(١) ولا يحجبون ذا فرض بوجه^(٢).

فصل

وأما العمومة فيحجبهم بنو الإخوة وكل من حجب بنى الإخوة، ويترتبون في إخوة الأب كما يرتب الإخوة وكذلك بنوهم، وقد ذكرنا فرض الزوج والزوجة، وقد بينا القول في الولاء والإرث في باب العتق.

(١) ثبت في (ب) والجد في إخوة الأب.

(٢) انظر الكافي لابن عبد البر (١٠٦٣/٢)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٦٧/٤).

باب

قد بينا الفروض وعددها، فإذا اجتمعت لم تخل^(١) من ثلاثة أحوال أما أن تكون مقدرة بسهام التركة مثل: زوج وأخت فهذا قائم بنفسه، أو أن يقصر عن استيعاب التركة فيكون الباقي للعصبة، أو أن تزيد على التركة مثل نصف وثلاثين وما أشبه ذلك فهذا تعال^(٢) المسألة إلى ما انتهت إليه الفروض، ويدخل على كل واحد من الورثة من النقص بحساب ما يوجبه^(٣) العول، وهذا مذهب أكثر الصحابة رضى الله عنهم، وذكر عن ابن عباس منعه، وإدخال النقص على كل ذى فرض ينقل منه إلى تعصيب مثل الأخوات والبنات^(٤).

ودليلنا أن الله تعالى قال فى الأزواج: ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم﴾ [النساء: ١٢] وقال فى البنات: ﴿وإن كانت واحدة فلها النصف﴾ [النساء: ١١]، وقال تعالى: ﴿إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك﴾ [النساء: ١٧٦]، فلما كان الزوج لا يمت فى الظاهر إلا بمثل ما تمت به الابنة والأخت وجب أن يتساويا فى النقص وأن لا يرجع عليها بشيء يقتضى إكمال فرضه وانفرادها بالنقص، ولأنهم من أهل الفرائض فدخلهم النقص بالعول كالبنات والأخوات، ولأن ضيق المال عما يستحق فيه يقتضى نقص أهل الاستحقاق بقدر حقوقهم، أصله الغرماء.

فصل

أصول المسائل التى تنقسم سهامها على الفرائض سبعة وهى مقدره بها: الاثنان والثلاثة والأربعة والستة والثمانية والاثنى عشر والأربعة والعشرون، فالأثنان للنصف

(١) ثبت فى (ب) لم يخل.

(٢) العول فى اللغة: من عال يعيل افتقر. ويقال: عالت الفريضة أى: ارتفعت وعالت هى نفسها أى: دخل النقص على أهلها. انظر القاموس المحيط (٢٣/٤)، انظر المطلاع على أبواب المقنع للشيخ شمس الدين البعلى (ص ٣٠٣).

وفى الاصطلاح قال الشيخ أحمد الدردير: هو زيادة فى السهام ونقص فى الانصباء انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٤٧١).

(٣) ثبت فى (ب) ما يريجه.

(٤) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٦/٤١٤) ح (١٢٤٥٧).

وحده، والثلاثة للثلاث والثلثان إذا انفردا أو اجتماعاً، والأربعة للربع وله وللنصف إذا اجتماعاً، والستة للسدس المنفرد وللنصف معه ومع الثلث والسدس والثلثين، والثمانية للثمانين وله وللنصف معه، والاثني عشر لاجتماع ثلث ورابع أو سدس ورابع ما ينضاف إليهما، والأربعة والعشرون لاجتماع الأثلاث والأثمان، فإذا ثبت هذا فأربعة من هذه الأصول لا تعول وهي الاثنان والثلاثة والأربعة والثمانية وثلاثة تعول وهي الستة والاثني عشر والأربعة والعشرون، فعول الستة إلى سبعة وإلى ثمانية وإلى تسعة وإلى عشرة، وعول الاثنى عشر إلى ثلاثة عشر وإلى خمسة عشر وإلى سبعة عشر، وعول الأربعة والعشرون إلى سبعة وعشرين^(١)، ولا يحتمل المختصر بسط هذا الباب.

فصل

إذا ترك ابنى عم أحدهما أخ لأم كان للأخ للأم^(٢) السدس وما بقى بينه وبين ابن العم الذى ليس بأخ، وإنما قلنا إن له السدس لأنه أخ لأم فأشبهه الذى ليس ابن عم^(٣)، وإنما قلنا إن ما بقى بينهما خلافاً لمن قال إن جميع المال للأخ^(٤) لأن اختصاص العصبية بسبب يستحق به فرض لا يستحق^(٥) به حجب من يساويه فى الدرجة اعتباراً به لو كان أحدهما زوجاً، وذلك أن الأخ^(٦) يستحق كالزوجة فإنه يستحق بها فرض ثم ثبت أن ابن العم [لو كان زوجاً لاستحق بالزوجية النصف والباقى بينه وبين ابن العم الذى ليس بزوجة]^(٧).

وكذلك إذا كان أخاً لأم، وإن كان أحدهما زوجاً والآخر أخاً لأم أخذ الزوج النصف والأخ^(٨) السدس وكان الباقي بينهما، وأهل الفرائض يلغون الأولى وهي إذا كان

(١) ذكره الشيخ أحمد الدردير فى الشرح الكبير. انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٧٢، ٤٧١/٤).

(٢) للأم: سقطت من (ب).

(٣) ذكره الشيخ الدردير. انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٦٨/٤).

(٤) وهذا هو قول ابن مسعود وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وعطاء والنخعى وأبو ثور. انظر المغنى لموفق الدين (٢٧/٧).

(٥) ثبت فى (أ) لأن اختصاص العصبية بسبب يستحق به حجب.

(٦) ثبت فى (ب، هـ) أن الإخوة.

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٨) ثبت فى (ب) الآخر.

أحدهما [زوجًا فيقولون أخوان لأب ولأم ورثا مالا أصاب أحدهما]^(١) ثلاثة أرباعه،
والآخر ربعه، ويلغون الثانية إذا كان أحدهما زوجًا والآخر أخًا لأم فيقولون أخوان لأب
ورثا مالا فورث أحدهما ثلثه والآخر ثلثيه.

[تم كتاب الفرائض بحمد الله وعونه]^(٢)

* * *

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ، ب).

٤٠ كتاب الجامع^(١)

لما كان مدار هذا الباب على بيان آداب الشريعة ومندوبياتها ومسئولياتها وتفصيل المستحب والفاضل والمرغب فيه والمرخص فيه والمكروه وما يتعلق بذلك من أحكام المكلفين وجب بيان معانى هذه الأوصاف قبل ذكر الأفعال التى هى محالها ليفهم الدارس معانيها ويقف على الغرض منها، وإلا فمتى وصف الفعل أنه واجب أو ندب وهو ما يعرف معنى الرجوب والتدب كان كالحاطب^(٢) بين ظلام وعشاء فلذلك وجب^(٣) البدء بهذا الباب وأحكامه، وقد كان من حق التصنيف أن يكون الابتداء أولى به من الخاتمة ولكن تجدد هذا رأى بعد خروج نسخ منه كرهنا إفسادها بالاختلاف والله الموفق للصواب^(٤).

(١) وسماه الشيخ أبى الحسن فى شرحه للرسالة والشيخ على الصعدي فى حاشيته بابُ جُمِلَ وقال الشيخ أبى الحسن: أى فى بيان جمل من الفرائض وجمل من السنن الواجبة وجمل من الرغائب وهو من محاسن التأليف لأنه يقع فيه مسائل لا يناسب وضعها فى ربيع من أرباع الفقه فججمعها المالكية فى أواخر كتبهم وسموها بالجامع. انظر حاشية العدوى على شرح الرسالة لأبى الحسن (٣٦٥/٢).

وقال الشيخ محمد فؤاد عبد الباقي فى تعليقه على الكتاب الجامع فى الموطأ: قال ابن عربى فى القيس: هذا كتاب اخترعه مالك فى التصنيف لفائدتين: إحداهما: أنه خارج عن رسم التكليف المتعلق بالأحكام التى صنفها أبواباً ورتبها أنواعاً.

والثانية: أنه لما لحظ الشريعة وأنواعها ورآها منقسمة إلى أمر ونهى وإلى عبادة ومعاملة وإلى جنائيات وعادات نظمها أسلاكاً وربط كل نوع بجنسه وشذت عنه من الشريعة معان منفردة لم يتفق نظمها فى سلك واحد لأنها متغايرة المعانى ولا أمكن أن يجعل لكل واحد منها باباً لصغرها ولا هو أراد أن يطيل القول فيما يمكن إطالة القول فيها فجعلها أشتاتاً وسمى نظامها «كتاب الجامع» فطرق للمؤلفين ما لم يكونوا قبل به عالمين فى هذه الأبواب كلها. انظر تعليقات الشيخ محمد فؤاد عبد الباقي على الموطأ (٨٨٤/٢).

(٢) ثبت فى (ب) كالحاطب وفى (هـ) كالحاطب.

(٣) ثبت فى (ب) وجه.

(٤) ثبت فى (أ) والله ولى التوفيق.

فصل

اعلم أن أفعال المكلفين لا تخرج على اختلاف أوصافها وتباين أحكامها على خمسة أحكام وهو: الوجوب والتدب والحظر والكراهة والإباحة ولكل واحد من هذه الألفاظ معنى على طريق اللغة ومعنى على طريق الأصوليين ونحن نبين جميع ذلك.

فأما معنى الوجوب فهو تحريم الترك^(١) فكل واجب فتركه حرام، وقيل ما فى فعله ثواب وفى تركه عقاب^(٢)، والأول أخص وله عبارات يقال: واجب ومفروض ومكتوب ولازم ومستحق.

هذا على طريق الأصوليين وبجميعه قد ورد بها شرع قال تعالى: ﴿كتب عليكم الصيام﴾ [البقرة: ١٨٣] يعنى وجب، وقال تعالى: ﴿وكتبنا عليهم فيها﴾ [المائدة: ٤٥] وقال: ﴿أنلزمكموها وأنتم لها كارهون﴾ [هود: ٢٨] يريد أن نوجبها عليكم، وقال: ﴿حقاً علينا نصر المؤمنين﴾ يريد مستحقاً، وقال تعالى: ﴿ولله على الناس حج البيت﴾ [آل عمران: ٩٧] وغيرها من ألفاظ الوجوب.

وفى الحديث «فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر من رمضان»^(٣)، وحديث الخثعمية لما قالت إن فريضة الله تعالى على عباده فى الحج أدركت أبى شيخاً كبيراً^(٤)، وقال تعالى: ﴿حتماً مقضياً﴾ [مريم: ٧١]، ويبين ذلك أن أهل اللغة لا يفرقون بين قول السيد لعبده: فرضت عليك وأوجبت عليك وحتمت وكتبت وألزمت وأنا أستحق عليه ويرويه كله عبارته عن الوجوب وتحريم الترك.

فأما أصل الوجوب فى اللغة فهو السقوط يقال: أوجب الحائط إذا سقطت ووجبت الشمس^(٥)، قال الله تعالى: ﴿فإذا وجبت جنوبها فكلوا منها﴾ [الحج: ٣٦] فشبهوا

(١) أصول . فالخطاب إن اقتضى الوجود ومنع النقيض فوجود. انظر نهاية السؤل للأسئوى (٧١/١).

(٢) أى: تركه قاصداً مطلقاً. انظر نهاية السؤل (٧٣/١).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه البخارى فى الحج (٤٤٢/٣) ح (١٥١٣) وأبو داود فى المناسك (١٦٧/٢) ح (١٨٠٩)، والترمذى فى الحج (٢٢٣/٣) ح (٨٨٥)، والنسائى فى الحج (٨٨/٥) باب (الحج عن الحى الذى لا يستمسك على الرحل)، وابن ماجه فى المناسك (٩٧٠/٢) ح (٢٩٠٧).

(٥) ذكره الفيروزآبادى. انظر القاموس المحيط (١٣٦/١).

المفروض بالشئ الذى قد سقط فلا يمكن رفعه كما لا يمكن الخروج عن الواجب إلا بفعله .

وأصل الفرض عندهم التقدير ومنه فرض القاضى ، أى : تقديره^(١) ومنه قوله تعالى : ﴿ فنصف ما فرضتم ﴾ [البقرة: ٢٣٧] ، وقوله : ﴿ قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ﴾ أى : قدر ، واللزوم^(٢) أخذ الإنسان الشئ وإمساكه إياه^(٣) .

فصل

والندب ما تتعلق الفضيلة بفعله ولا يتعلق العقاب بتركه^(٤) وهو مشارك للواجب فى الوصف الأول ويباين له فى الوصف الثانى ، وله اعتبارات يقال : ندب ومستحب ومسنون وتطوع وإرشاد ونفل وفضيلة ومرغب فيه ، وأصل الندب فى اللغة : الدعاء إلى الشئ^(٥) يقال : ندبته إلى كذا .

والاستحباب : المحبة ، والمسنون فى الشرع فى أعلى مراتب المندوب^(٦) وهو فى اللغة الطريقة ومنه ﴿ سنة الأولين ﴾ [الحجر: ١٣] أى : طريقتهن ، وقوله تعالى : ﴿ سنة من قد أرسلنا قبلك ﴾ [الإسراء: ٧٧] وقوله ﷺ : « عليكم بستمى وسنة الخلفاء من بعدى »^(٧) ، والتطوع مأخوذ من الطوع وهو الانقياد^(٨) يقال : أطاع بكرة أى انقاد إليه ، واستحباب له ، والإرشاد الهداية إلى المطلوب وإلى ما فيه الصلاح والنفل والهبة^(٩) والفضيلة مأخوذة من الفضل وهو فى الفعل استحقاق الثواب عليه والرغبة والإرغاب إلى الفعل ليناله الفاعل .

(١) ذكره الفيروزآبادى . انظر القاموس المحيط (٣٣٩/٢) .

(٢) ثبت فى (ب) ألزم .

(٣) قال الفيروزآبادى : يقال : لزمه لزوماً ولزاماً والزمه إياه فالتزمه وهو لزمته أى : إذا لزم شيئاً لا يفارقه . انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (١٧٥/٤) .

(٤) فالخطاب إن اقتضى الوجوب ولم يمنع من النقيض فندب ، فالندب : خطاب الله تعالى الطالب للفعل بطلب غير جازم . انظر نهاية السؤل للأسنوى (٧١/١) .

(٥) ذكره الفيروزآبادى . انظر القاموس المحيط (١٣١/١) .

(٦) ثبت فى (ب) المندوبات .

(٧) أخرجه أبو داود فى السنة (٢٠٠/٤) ح (٤٦٠٧) ، والترمذى فى العلم (٤٤/٥) ح (٢٦٧٦) ، وابن ماجه فى المقدمة (١٥/١) ح (٤٢) ، وأحمد فى المسند (١٥٦/٤) ح (١٧١٤٧) .

(٨) ذكره الفيروزآبادى . انظر القاموس المحيط (٦٠/٣) .

(٩) ذكره الفيروزآبادى . انظر القاموس المحيط (٢٩٤/١) .

فصل

والمحظور هو المحرم الممنوع: وهو ما حرم فعله، وهو نقيض الواجب^(١)، والمحظر فى اللغة: المنع^(٢) ومنه الخطيرة^(٣).

والمكروه نقيض المندوب إليه، وهو ما تعلق الثواب عليه بتركه ولا عقاب فى فعله^(٤).

والإباحة التوسعة والإطلاق ومنه باحة الدار أى: وسطها^(٥)، والمباح كل فعل وقع من المكلف يستوى فعله وتركه لا ثواب فى فعله ولا عقاب فى تركه^(٦)، فهذه أصول أحكام أفعال المكلفين وما بعد ذلك داخل فيه: فالطاعة امتثال الأمر يقال: أطاع فلانًا إذا امتثل أمره^(٧).

والصحة وقوع الفعل على الشروط التى يعتد بها لفاعله معها^(٨)، والرخصة التخفيف بعد المنع والاستثناء من جملة ممنوعة^(٩)، ومنه رخص السعر إذا كان بعد الغلاء، وهذه جملة وافية فى هذا الفصل.

(١) فالخطاب إن اقتضى الترك ومنع النقيض فحرمة، فالمحرم هو: خطاب الله تعالى الطالب للترك بطلب جازم. انظر نهاية السؤل (١/٧١).

ويرسم بأنه الذى يذم شرعاً فاعله. انظر نهاية السؤل (١/٧٩).

(٢) ذكره الفيروزآبادى. انظر القاموس المحيط (٢/١٠).

(٣) ثبت فى (١) الخطرة.

(٤) ويرسم المكروه بأنه: ما يمدح تاركه ولا يذم فاعله. انظر نهاية السؤل للأسنوى (١/٧٩).

(٥) ذكره الفيروزآبادى. انظر القاموس المحيط (١/٢١٤).

(٦) فالمباح فى اللغة عبارة عن الموسع فيه. واصطلاحاً: ما لا يتعلق بفعله وتركه مدح ولا ذم. انظر نهاية السؤل للأسنوى (١/٧٩).

(٧) ذكره الفيروزآبادى. انظر القاموس المحيط (٣/٦٠).

(٨) فالصحة: موافقة الفعل ذى الوجهين الشرع فى الأصح، أو استبعاد الغاية. انظر نهاية السؤل للأسنوى (١/٩٤ - ٩٥).

(٩) هذا هو تعريف الرخصة فى اللغة. وأما اصطلاحاً: فهو الحكم الثابت على خلاف الدليل لعذر. انظر نهاية السؤل للأسنوى (١/١٢٠).

باب

الابتداء بالسلام سنة ، ورده أكد من ابتدائه ، ويتتهى السلام إلى البركة^(١) ويسلم الماشى على الجالس، والراكب على الماشى والجالس، ويسلم الواحد من الجماعة يجرى عنهم ورد الواحد كذلك، ولا يبدأ أهل الذمة بالسلام فإن بدءوا به رد عليهم ولفظ الرد: وعليكم ويجزى سلام المسلم أن يزيد الابتداء على لفظ الرد والرد على لفظ الابتداء إلا أن الانتهاء فى ذلك إلى البركات، ولا بأس بالسلام على المرأة المتجالة، ويكره سلام الرجل على الشابة^(٢).

فصل

وإنما قلنا إن الابتداء بالسلام سنة لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَخَلْتُمْ بُيُوتًا فَسَلِّمُوا عَلَى أَنْفُسِكُمْ تَحِيَّةٌ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ مَبَارَكَةٌ طَيِّبَةٌ﴾ [النور: ٦١]، وقوله ﷺ: «أَفْشُوا السَّلَامَ»^(٣) «من حق المسلم على المسلم ثلاثة...» فذكر: «ويسلم عليه إذا لقيه»^(٤).

فصل

وإنما قلنا إن رده أكد من ابتدائه لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنِ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾ [النساء: ٨٦] قيل: إن ذلك فى رد السلام، ولأنه قد تعلق به المسلم كما تعلق فى رد المسمت حق التسميت^(٥).

(١) ذكره الشيخ أحمد الصاوى. انظر بلغة السالك (٢/ ٤٩٠)، انظر الكافى لابن عبد البر (١١٣٣/٢)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٣٥).

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (١١٣٣/٢)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٣٧).

(٣) أخرجه مسلم فى الإيمان (٤٧/١) ح (٥٤/٩٣)، والترمذى فى القيامة (٦٦٤/٤) ح (٢٥١٠)، وابن ماجه فى المقدمة (٢٦/١) ح (٦٨)، وأحمد فى المسند (٥١٨/٢) ح (٩١٠٨).

(٤) أصله عند البخارى ومسلم بلفظ: «حق المسلم على المسلم خمس»، أخرجه البخارى فى الجنائز (١٣٥/٣) ح (١٢٤٠)، ومسلم فى السلام (١٧٠٤/٤) ح (٢١٦٢/٤).

(٥) حق التسميت: سقطت من (١).

فصل

وإنما قلنا إنه ينتهي إلى قوله: وبركاته، فلأن ذلك ما ورد به الخبر عن النبي ﷺ والسلف ومنع ما زاد عليه وروى أن عمر رضى الله عنه أتى النبي ﷺ فقال: السلام عليك يا رسول الله السلام عليك أيدخل عمر^(١)، وروى أن رجلاً سلم على عبد الله بن عباس فقال: السلام عليكم ورحمة الله وبركاته ثم زاد بعد ذلك شيئاً، فقال ابن عباس: إن السلام ينتهي إلى البركة^(٢)، وروى أن رجلاً سلم على عبد الله بن عمر فقال: السلام عليكم ورحمة الله وبركاته والعاديات والرائحات فقال ابن عمر: عليك ألف وكأنه كره ذلك^(٣).

فصل

وإنما قلنا يسلم الماشى على الجالس والراكب على الماشى لما روى عنه ﷺ أنه قال: «يسلم الصغير على الكبير والماشي على القاعد والراكب على الماشى»^(٤).

فصل

وإنما قلنا إن تسليم الواحد من الجماعة مجزئ^(٥) عنهم لما روى عنه ﷺ أنه قال: «إذا سلم واحد من القوم أجزأ عنهم»^(٦).

فصل

وإنما قلنا إن رد الواحد من الجماعة مجزئ عنهم خلافاً لمن فرق بين الابتداء والرد فأجازه في الابتداء وأوجب في الرد أن يرد كل واحد منهم، لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حِيْتُمْ

(١) أخرجه أحمد في المسند (٣٩٤/١) ح (٢٧٥٩)، وذكره الحافظ الهيثمي وقال: رجاله رجال الصحيح. انظر مجمع الزوائد (٤٧/٨).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ في السلام (٩٥٩/٢) ح (٢).

(٣) أخرجه مالك في الموطأ في السلام (٩٦٢/٢) ح (٧).

(٤) أخرجه البخاري في الاستئذان (١٧/١١) ح (٦٢٣٢)، ومسلم في السلام (١٧٠٣/٤) ح (٢١٦٠/١).

(٥) ثبت في (ب) يجزئ.

(٦) أخرجه مالك في الموطأ (٩٥٩/٢) ح (١).

ريادة وذلك يقتضى أنه إذا سلم واحد رد واحد، وقوله ﷺ: «إذا سلم واحد من القوم أجزاء عنهم»^(١) ولم يفرق بين الابتداء والرد ولأنه رد التحية وكشميت العاطس.

فصل

وإنما قلنا لا يبتدئ أهل الذمة بالسلم لقوله تعالى: «تحية من عند الله مباركة طيبة» [النور: ٦١] والكافر ليس بأهل التحية والإكرام بل للإذلال والهوان، وقوله ﷺ: «لا تبدؤهم بالسلم»^(٢).

فصل

وإنما قلنا يقول فى الرد إذا سلم الذمى: وعليك، لقوله ﷺ: «إن اليهود إذا سلم عليكم»^(٣) أحدهم فإنما يقول: السام عليكم، فقل: وعليك»^(٤)، وفى رواية أخرى «وعليكم»^(٥) وقد اختار بعضهم أن يرد عليه السلام بكسر السين وهى الحجارة والأولى.

فصل

وإنما أجزنا تزايد اللفظين لأن كل واحد^(٦) مروى عن السلف، ولأن المعنى واحد فيهما.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه مسلم فى السلام (١٧٠٧/٤) ح (٢١٦٧/١٣)، وأبو داود فى الأدب (٣٥٤/٤) ح (٥٢٠٥)، والترمذى فى الاستئذان (٦٠/٥) ح (٢٧٠٠) وقال: هذا حديث حسن صحيح. وابن ماجه فى الأدب (١٢١٩/٢) ح (٣٦٩٩) فى الزوائد: فى إسناده ابن إسحاق وهو مدلس. قال: وليس لأبى عبد الرحمن هذا سوى هذا الحديث عند المصنف. وليس شىء فى بقية الكتب الستة. وأحمد فى المسند (٣٥٢/٢) ح (٧٥٨٤).

(٣) عليكم: سقطت من (أ).

(٤) أخرجه البخارى فى الاستئذان (٤٤/١١) ح (٦٢٥٧)، ومسلم فى السلام (١٧٠٦/٤) ح (٢١٦٤/٨).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ثبت فى (ب) ذلك.

فصل

وإنما قلنا سلام الرجل على المرأة جائز والمرأة على الرجل لأن النبي ﷺ سلم على النساء^(١)، ولأنه تحية للمؤمن فلم يختص به الرجال دون النساء كتشميت العاطس.

فصل

وإنما فرقنا بين المتجالة والشابة لأن المتجالة لا تسبق الظنة إلى المسلم عليها أراد أن يكون بذلك محادثتها والاتذاذ بكلامها والتذرع إلى ما يرتاب منها وذلك غير مأمون في الشابة فكره لما يطرق عليه.

فصل

هجرة المسلم لأخيه فوق ثلاث^(٢) ليال منهى عنه إلا أن يكون من أهل الأهواء والبدع أو من فساق الأفعال المديمين^(٣) على ذلك فمستحب^(٤) هجرته ردعاً له وزجراً، والذي يخرج به هاجر أخيه من هجرته أن يسلم عليه إذا لقيه.

وإنما منعنا دوام الهجرة زيادة على الثلاثة أيام لأن ذلك مؤد إلى التقاطع والتدابير المنهى عنه ومورث للعداوة والبغضاء وتمكن الأحقاد في قلوب المؤمنين بعضهم لبعض، وضد ذلك ما حض النبي ﷺ من المواصله والألفة، ونهى عنه من التقاطع والتدابير لقوله ﷺ «لا تقاطعوا ولا تدابروا وكونوا عباد الله إخواناً، ولا يهجر أحدكم أخاه فوق ثلاث»^(٥).

فصل

وإنما استثنينا الثلاث لورود الخبر باستثنائها من المنع وتجري [العادة في] ^(٦) الطبائع في

(١) أخرجه الترمذی فی الاستئذان (٥٨/٥) ح (٢٦٩٧) وقال: حديث حسن صحيح، وأبو داود في الأدب (٣٥٣/٤) ح (٥٢٤)، وابن ماجه في الأدب (١٢٢٠/٢) ح (٣٧٠١).

(٢) ثلاث: سقطت من (ب).

(٣) ثبت في (أ) مؤمنين. وفي (هـ) المدمنين.

(٤) فمستحب: سقطت من (أ).

(٥) أخرجه البخاري في الأدب (٥٠٧/١٠) ح (٦٠٧٦)، ومسلم في البر (١٩٨٥/٤) ح (٥٦٣/٢٨).

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

الهجرة عند حدوث ما يثيرها ويجر إليها وكانت استدامتها ممنوعة لما ذكرناه واحتيج إلى ضرب مدة ليفصل بها بين ما رخص فيه لغلبة الطباع وبين ما منع منه وكان أول ما ضرب لذلك الثلاث لأنها جعلت في الشرع فصلاً في عدة مواضع.

فصل

وإنما قلنا يخرج منه ذلك أن يسلم عليه، لقوله ﷺ: «وخيرهما الذي يبدأ بالسلام»^(١)، ولأنه يزول بذلك عن الهجرة المنهى عنها إلى ضرب من المواصلات وهي تحية أخيه المسلم المأمور بابتدائه بها.

فصل

وإنما استثنينا هجران المبتدع في اعتقاده والمجاهر^(٢) بفسقه ومعاصيه ردعاً له عما هو عليه ولizardجر^(٣) عنه ويقطع عن استدامته وغضباً لله سبحانه في مواصلات من هذه سبيله وإيثار ألفته ومخالطته، ولأنه ينسب مواصلته إلى مثل طريقته ويضاف إليه ما يعرف من قبيح الطريقة به أو الرضا بذلك من فعله، وفي الحديث «المرء على دين خليله فلينظر أحدكم من يخالل»^(٤)، ولأن المخالطة لأهل البدع قد يكون من ضعف القلب وشبهه العامية بحيث يأمن على نفسه أن يشكك في دينه، ويمكن في قلبه شبهة بدعة يبعد زوالها منه يتعذر تلافيها، وقد قيل: لا تُمكن رائج^(٥) القلب من أذنيك، وروى ذلك عن جملة من السلف رضى الله عنهم.

فصل

والمصافحة جائزة وتكره المعانقة وأشد من ذلك تقبيل اليد^(٦)، وإنما أجزنا المصافحة لقوله ﷺ: «ما من مسلمين يلتقيان فيتصافحان إلا غفر لهما قبل أن يفترقا»^(٧).

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ثبت في (أ)، (هـ) المهاجر.

(٣) ثبت في (ب)، (هـ) ليتزجر.

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرک (١٧١/٤) صحيح ولم يخرجاه.

(٥) ثبت في (ب) رابع.

(٦) ذكره الشيخ الآبي. انظر الثمر الداني (ص ٦٩٨)، انظر حاشية العدوى (٢/٤٣٧، ٤٣٨).

(٧) أخرجه أبو داود: الأدب (٣٥٥/٤) ح (٥٢١٢) وابن ماجه: الأدب (٢/١٢٢٠) ح (٣٧٠٣)،

والترمذی: الاستئذان (٧٤/٥) ح (٢٧٢٧)، وانظر نصب الراية للمحافظ الزيلعي (٤/٢٦٠).

فصل

وإنما كرهنا^(١) المعانقة لأنها لم ترد عن النبي ﷺ، ولا عن السلف مع أنها أخلاق العامة إلا أن يكون من طول الاشتياق وقدم من غيبة أو مع الأهل وما أشبه ذلك ويفارق المصافحة لوجود العمل بها، وقد ذكر عن بعض أهل العلم إجازتها^(٢)، ووجهه^(٣) ما روى عن حديث أبي ذر أن رسول الله ﷺ كان يصافحه فجاءه فالتزمه^(٤) واعتباراً بالمصافحة.

فصل

وإنما كره تقبيل اليد لأنه من التكبر والتجبر الذي تستعمله الأعاجم ولم ينقل عن أحد من السلف^(٥).

فصل

وينبغي للعاطس أن يحمد الله تعالى، وأن يسمع من يقرب منه، وينبغي لمن سمعه أن يشمته إلا أن يتوالى منه ذلك مراراً^(٦) فيسقط عنه تشميته، وتشميته أن يقول يرحمك الله، ولرده لفظان: أحدها أن يقول: يهديكم الله ويصلح بالكم، والآخر أن يقول:

(١) ثبت في (ب) كرهت.

(٢) قال الشيخ الآبي: أجازها سفيان بن عيينة وهو من كبار أهل العلم والفضل. وفي شرح أبي الحسن للرسالة قال: قال غالب التمار: قد ذكرت ذلك للشعبي فقال: كان أصحاب محمد ﷺ إذا تلاقوا تصافحوا فإذا قدموا من سفر عائق بعضهم بعضاً. وقال الإمام النووي: وأما تقبيل الرجل الميت والقادم من سفره ونحوه فسنة ومعانقة القادم من سفر ونحوه سنة، وأما المعانقة وتقبيل وجه غير القادم من سفر ونحوه غير الطفل فمكروهان صرح بكراهتهما البغوي وغيره. انظر الثمر الداني (ص ٦٩٨)، انظر حاشية العدوي على شرح أبي الحسن للرسالة (٢/٤٣٨)، انظر المجموع شرح المهذب للنووي (٤/٦٣٧).

(٣) ووجهه: سقطت من (ب).

(٤) أخرجه أبو داود في الأدب (٤/٣٥٦) ح (٥٢١٤)، وأحمد في المسند (٥/١٩٤) ح (٢١٥٠٠).

(٥) ذكره الشيخ العدوي وقال: وهو ظاهر المذهب أي: تصوص أهل المذهب وقال علي بن خلف بن بطل أبو الحسن البكري: إنما يكره تقبيل يد الظلمة والجبابة أما يد الأب والرجل الصالح ومن ترجى بركته فجائز. انظر حاشية العدوي (٢/٤٣٨)، انظر الثمر الداني (ص ٦٩٨).

(٦) ثبت في (أ) مرات.

يغفر الله لكم، والأول أفضل.

وإنما قلنا إنه إذا عطس حمد الله عز وجل لقوله ﷺ: «إذا عطس أحدكم فليقل الحمد لله»^(١) وروت عائشة رضي الله عنها أن رجلاً عطس عند النبي ﷺ فقال: يا رسول الله ماذا أقول فقال: «قل الحمد لله»^(٢) وإنما قلنا إن على من سمعه أن يشمته لقوله ﷺ: «إذا عطس فليشمته»^(٣) وقوله «فليقل له صاحبه يرحمك الله»^(٤)، وإنما قلنا إنه لا يستحق التشميت إلا إذا سمع منه الحمد لله لقوله ﷺ: «إذا عطس أحدكم فليقل الحمد لله وليقل صاحبه يرحمك الله»^(٥) فشرط فيه أن يكون بعد التحميد، وروى أنه ﷺ عطس عنده رجلان فشمت أحدهما ولم يشمت الآخر، فقليل له في ذلك فقال: «لأن ذلك حمد لله فشمته وهذا لم يحمد الله فلم أشمته»^(٦).

[وإنما قلنا إن للرد لفظين لأن الرواية جاءت بهما]^(٧) وإنما قلنا إن قوله: يهديكم الله أفضل لقوله ﷺ: «وليقل يهديكم الله ويصلح بالكم»^(٨) ولأن الهداية أفضل من المغفرة لأنها قد تعرى من الذنوب، والمغفرة لا تكون إلا للذنوب، وإنما قلنا إن التشميت يسقط مع الموالاة لقوله ﷺ: «إن عطس فشمته ثم إن عطس فشمته ثم إن عطس فقال إنك مضمونك»^(٩) يريد مذكوم.

فصل

وعشر من الفطرة: خمس في الرأس، وخمس في الجسد، فالتى في الرأس المضمضة

(١) أخرجه البخارى فى الأدب (٦٢٣/١٠) ح (٦٢٢٤)، وأحمد فى المسند (٨٨/٦) ح (٢٤٥٥٠).

(٢) أخرجه أحمد فى المسند (٨٨/٦) ح (٢٤٥٥٠)، وذكره الحافظ الهيثمى وعزاه إلى الطبرانى وقال: فيه محمد بن إسماعيل بن عياش وهو ضعيف. انظر مجمع الزوائد (٦٠/٨).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه البخارى فى الأدب (٦١٥/١٠) ح (٦٢٢١)، ومسلم فى الزهد (٢٢٩٢/٤) ح (٢٩٩١/٥٣).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٨) تقدم تخريجه.

(٩) أصله عند مسلم: أخرجه مسلم فى الزهد (٢٢٩٢/٤) ح (٢٩٩٣/٥٥)، وأبو داود فى الأدب

(٤/٣١٠) ح (٥٠٣٧)، ومالك فى الموطأ فى الاستئذان (٢/٩٦٥) ح (٤) واللفظ له.

والاستنشاق والسواك وقص إطار الشارب وإعفاء اللحية، والتي فى الجسد: حلق العانة ونتف الإبط وتقليم الأظفار والاستنجاء والختان^(١)، وإنما قلنا ذلك لورود الروايات بذلك، فأما المضمضة والاستنشاق والسواك والختان فقد ذكرنا حكم جميعها.

فصل

فأما قص إطار^(٢) الشارب فلقوله ﷺ «احفوا الشوارب»^(٣) [ومعنى ذلك قص ما راد من أطرافه^(٤)، وروى أنه ﷺ كان يأمر بقص شاربه^(٥) وأما حلقه فمثلة منهى عنها^(٦) هذا مذهب أكثر أهل العلم وعلماء المدينة، ومروى عن جمهور الصحابة، وذهب أبو حنيفة^(٧) والشافعى إلى استحبابه^(٨).

وإنما قلنا ذلك لقوله ﷺ: «ليس منا من حلق»^(٩)، ولأن فى تبقيته جمالاً للوجه وزينة، وفى حلقه مثلة وذهاب بهاء الوجه^(١٠) وجماله فكانت تبقيته هى المستحبة كشعر اللحية، وروى عن عمرو وأبى سعيد الخدرى ورافع بن خديج وجابر وسهل بن سعد

(١) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (١١٣٦/٢، ١١٣٧)، انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٢)، انظر حاشية العدوى (٤٠٧/٢، ٤٠٨).

(٢) إطار: سقطت من (ب).

(٣) أخرجه البخارى فى اللباس (٣٦١/١٠) ح (٥٨٩٢)، ومسلم فى الطهارة (٢٢٢/١) ح (٢٥٩/٥٢).

(٤) أطرفه: مطموسة فى (أ).

(٥) أخرجه الترمذى فى الأدب (٩٣/٥) ح (٢٧٦٠) وقال: هذا حديث حسن صحيح.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٧) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار (٢٤/٤).

(٨) قال الإمام النووى: ظابط قص الشارب أن يقص حتى يبدو طرف الشفة ولا يحفه من أصله هذا مذهبا. انظر المجموع شرح المذهب (٢٨٧/١) شرح صحيح مسلم للنووى (١٥١/٣) وقال الحافظ ابن حجر: قال ابن دقيق العيد تعليقا على كلام النووى: ما أدرى هل نقله عن المذهب أو قاله اختيارا منه لمذهب مالك، وقال الطحاوى: لم أر عن الشافعى فى ذلك شيئا منصوبا وأصحابه الذين رأيناهم كالزنى والربيع كانوا يحفون وما أظنهم أدخلوا ذلك إلا عنه. انظر فتح البارى (٣٥٩/١٠) العدة شرح العمدة (٣٤٥/١، ٣٤٦).

(٩) أخرجه أبو داود فى الجنائز (١٩٠/٣) ح (٣١٣٠)، والنسائى فى الجنائز (١٨/٤) (باب شق الجيوب).

(١٠) ثبت فى (ب) لماء الوجه.

وأبى هريرة وغيرهم أنهم كانوا يجزون شواربهم^(١)، وقال مالك كان عمر بن الخطاب رضى الله عنه إذا حزبه أمر فتل شاربته^(٢)، وقال ابن المسيب أول من قص الشارب إبراهيم عليه السلام^(٣)، فأما إعفاء اللحية وتوفيرها وتكثيرها لأن فى ذلك جمالاً للوجه وزينة للرجل، وجاء فى بعض الأخبار «أن الله عز وجل زين بنى آدم باللحى»^(٤) ولأن الغرض بذلك مخالفة الاعاجم فى تنفها وتبقية اليسير منها، والإعفاء التكثير ومنه قوله تعالى: ﴿حتى عفوا﴾ [الأعراف: ٩٠] يريد كثروا، هذا ما لم يخرج بطولها عن الحد المعتاد ويفضى بصاحبها إلى الطنز^(٥) والسخرية منه.

فصل

وأما حلق العانة وتنف الإبط وتقليم الأظفار فمستحب لورود الخبر به^(٦) واتصال العمل من السلف والأعصار إلى هلم جرا به، ولأنه من النظافة وإزالة الشين والقذارة فكان استنانه متأكداً.

فصل

ولا ينبغي لأحد أن يدخل على أجنب أو أقارب إلا بإذن ويستأذن ثلاثاً فإن أذن له وإلا رجع إلا أن يغلب على ظنه أنه لم يسمع فلا بأس أن يزيد، وليستأذن فى دخوله على أمه وذوات محارمه، وأن يسلم على أهل بيته^(٧) وأهله إذا دخل منزله^(٨).

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٢٣٤/١) ح (٦٩٧).

(٢) ذكره الحافظ الهيثمى وعزاه إلى الطبرانى ورجاله رجال الصحيح خلا عبد الله بن أحمد وهو ثقة مأمون إلا أن عامر بن عبد الله بن الزبير لم يدرك عمر. انظر مجمع الزوائد (١٦٩/٥).

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ فى صفة النبى ﷺ (٩٢٢/٢) ح (٤).

(٤) لم أجده.

(٥) الطنزُ السُّخْرِيَّة. وثبت فى (أ) التطرية. وفى (هـ) الطنزية.

(٦) أخرجه البخارى فى اللباس (٣٦١/١٠) ح (٥٨٩٠)، ومسلم فى الطهارة (٢٢١/١) ح (٢٥٧/٤٩).

(٧) أهل بيته: سقطت من (ب).

(٨) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (١١٣٣/٢)، انظر الثمر الدانى (ص ٦٩٩)، انظر حاشية العدوى (٤٣٩/٢؛ ٤٤٠).

فصل

وإنما قلنا إن الاستئذان مأمور به فى الجملة لقوله تعالى: ﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بِيُوتِكُمْ...﴾ إلى قوله: ﴿فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ﴾ [النور: ٢٨]، وقوله: ﴿فَلَيْسَتْ أَذْنُوهَا﴾ كما استأذن الذين من قبلهم﴾ [النور: ٥٩] وقوله: ﴿لَيْسَتْ أَذْنُكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ﴾ [النور: ٥٨] الآية، ولأنه إذا دخل ولم يستأذن ربما صادف كراهة من القوم لدخوله أو كونهم على ضروب من الانبساط يكرهون أن يراهم الغير عليها.

فصل

وإنما قلنا يستأذن على الأقارب كاستئذانه على الأجانب لأنه متى فاجأهم بالدخول جاز أن يصادف منهن عورة لا يجوز له الاطلاع عليها^(١) أو أمراً يكرهن الوقوف عليه منهن، وقد نبه النبى ﷺ من سأل عن ذلك على هذا المعنى لقوله لما سأل [هل على أن استأذن على أمى، قال له «نعم»، قال إني معها فى البيت قال «استأذن عليها» قال إني خادمها، قال «استأذن عليها»] ^(٢) أتجب أن تراها عريانة^(٣) وفى طريق آخر: «أتجب أن ترى منها ما لا تحب» قال لا، قال «فاستأذن»^(٤).

فصل

فأما أمته وزوجته الجائز له وطأها فليس عليه استئذانهم لأن أكثر ما فى ذلك أن يصادف منهن تكشفاً وتبسطاً^(٥) وقد أبيح له النظر إلى أبدانهم.

فصل

وإنما قلنا إن الاستئذان ثلاثاً لما روى أبو موسى الأشعرى وأبو سعيد الخدرى أنه ﷺ

(١) ثبت فى (١) عليهن.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ فى الاستئذان (٩٦٣/٢) ح (١)، قال أبو عمر: مرسل صحيح. ولا أعلمه يستند من وجه صحيح ولا صالح.

(٤) قال: ابن حجر: أخرجه البخارى فى الأدب المفرد من طريق مسلم بن النذير ومن طريق موسى ابن طلحة وأسانيد هذه الآثار كلها صحيحة، انظر فتح البارى (٢٧/١١).

(٥) ثبت فى (١) ووسطاً.

قال: «الاستئذان ثلاث فإن أذن لك فادخل وإلا فارجع»^(١)، ولأنه قد لا يسمع في أول مرة واحتيج إلى زيادة عليه فكانت الثلاثة أولى ما حد فيه.

فصل

وإنما قلنا إنه إذا رجع لقوله ﷺ: «فإن أذن لك فادخل وإلا فارجع»^(٢)، ولأن الدخول على الإنسان بغير إذنه غير جائز، والزيادة على القدر الذى ورد به الشرع تعد لما حد فيه، ولا يعلم^(٣) إذا لم يؤذن له أنه يكره الدخول فلا ينبغي أن يزد^(٤).

فصل

وإنما قلنا إنه إذا غلب على ظنه أنه لم يسمع جار له أن يزيد لأنه إذا لم يسمع كان كمن لم يستأذن لأن الاستئذان الذى له حكم هو ما صادف سماعاً يعلم من المستأذن عليه هو إذن أو كراهة، فإذا لم يسمع كان كالمستأذن على النائم فلا يكون لاستئذانه حكم.

فصل

وإنما استحبينا أن يسلم على أهله لقوله تعالى: ﴿فسلموا على أنفسكم تحية من عند الله مباركة طيبة﴾ [النور: ٦١]، ولأنه إذا استحجب له ذلك بسمع الأجانب كان أولى مع الأقارب، ولأنها تحية ندب إليها فلم يختلف فيها حكم الأجانب والأقارب كتشميت العاطس.

فصل

ولا يتناجى اثنان دون واحد^(٥) لنهايه ﷺ عن ذلك^(٦)، ولأن فى ذلك انكسار قلبه لأنه

(١) أخرجه البخارى فى الاستئذان (٢٨/١١ - ٢٩) ح (٦٢٤٥)، ومسلم فى الأدب (٣/١٦٩٤) ح (٢١٥٣/٣٣).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ثبت فى (ب) ولأنه يعلم.

(٤) ثبت فى (ب) أن يؤذيه.

(٥) ذكره الشيخ الأيوب. انظر الثمر الدانى (ص ٧٠٠)، انظر حاشية العدوى (١/ ٤٤٠).

(٦) أخرجه البخارى فى الاستئذان (٨٤/١١) ح (٦٢٨٨)، ومسلم فى السلام (٤/١٧١٧) ح (٢١٨٣/٣٦).

يعتقد أنهما يكرهان اطلاعه على ما هما فيه وستره عنه وارتيابه بهما، وظنه أنهما في شيء من أمره، ويجوز إذا كانوا جماعة لأنه قد شرکه الباقون فيما يستر عنه من الحديث فيزول عنه الحزن.

فصل

ما يتصرف فيه الإنسان بجوارحه على ضربين: منه ما يستحب له فعله يمينه فإن فعله بشماله أساء وأجزاه، ومنه ما يستحب له فعله بشماله فإن فعله يمينه أساء إلا أن يكون له عذر في الموضعين.

فالضرب الأول كالعبادات التي ليس طريقها إرالة الأذى وأوائل الأفعال دون الخروج منها وذلك كالوضوء وتناول الشيء من يد غيره، والأكل والشرب واللباس للنعل وما أشبه ذلك كل هذا يستحب له فعله يمينه.

والآخر كالاستنجاء والاستنثار وخلع النعل وتنقية الأنف وغير ذلك من إرالة النجاسة والأذى فهذا كله مستحب له فعله بشماله، والأصل في هذا قوله ﷺ: [إذا توضأت فابدءوا بيمينكم]^(١) وقوله ﷺ: [إذا انتعل أحدكم فليبدأ بيمينه وإذا خلع فليبدأ بشماله، ولتكن اليمين أولهما تتعل واليسرى أولهما للخلع]^(٢)، وقوله ﷺ: «لا يأكل أحدكم بشماله ولا يشرب بشماله [فإن الشيطان يأكل بشماله ويشرب بشماله]^(٣)»، وقالت عائشة رضي الله عنها: كانت يمينه ﷺ لوجهه وشماله لما وراء ذلك^(٤).

(١) أخرجه أبو داود في اللباس (٦٩/٤) ح (٤١٤١)، وابن ماجه في الطهارة (١/١٤١) ح (٤٠٢)، وأحمد في المسند (٤٧١/٢) ح (٨٦٧٣).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) أخرجه البخاري في اللباس (٣٢٤/١٠) ح (٥٨٥٦)، ومسلم في اللباس (٣/١٦٦٠) ح (٢٠٩٧/٦٧).

(٤) أخرجه مسلم في الأشربة (١٥٩٨/٣) ح (٢٠٢٠/١٠٥)، وأبو داود في الأطعمة (٣/٣٤٨) ح (٣٧٧٦)، والترمذي في الأطعمة (٢٥٧/٤) ح (١٧٩٩)، وابن ماجه في الأطعمة (٢/١٠٨٧) ح (٣٢٦٦)، وأحمد في المسند (١٢/٢) ح (٤٥٣٦).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٦) أصله عند البخاري ومسلم بلفظ قريب منه. أخرجه البخاري في الوضوء (٣٢٤/١) ح (١٦٨)، ومسلم في الطهارة (٢٢٦/١) ح (٢٦٨/٦٦).

فصل

ولا ينبغي أن يمشى الرجل فى نعل واحد^(١) لنهى رسول الله ﷺ عن ذلك وقوله «ليبتلعها جميعاً أو يخلعها جميعاً»^(٢)، ولأن ذلك يشغل قلبه ويؤثر فيه ضرباً من التخيل والاضطراب، ولأنه ضرب من الشهرة والتعريض لأن من يراه نسبه إلى اختلال رأى ونقصان المروءة وقلة التحصيل ويطرق عليه اللهو، وذلك خلاف موجب المروءة والتصور^(٣) ويجوز ذلك فى الشيء الخفيف إذا كان هناك عذر وهو أن يمشى فى أحدهما متشاعلاً بإصلاح الأخرى، وإن كان الاختيار أن يقف إلى الفراغ منها لأنه ينسب حيثل إلى شيء مما يكره، وإنما تناول له فى العجلة والإسراع إلى ما لا يأمن فوته فيكون ذلك عدراً له.

فصل

ويستحب للمرء أن يسم الله عند أكله وشربه، وأن يحمده الله عند فراغه^(٤) لما روى أنه ﷺ كان إذا وضع يده فى الطعام قال: «بسم الله اللهم بارك لنا فيما رزقنا»^(٥)، وقال لعمر بن أبى سلمة: «سم الله وكل مما يليك»^(٦) وروى أبو أمامة أنه ﷺ إذا فرغ من الطعام قال: «الحمد لله كثيراً طيباً مباركاً فيه»^(٧)، وروى أبو سعيد أنه ﷺ كان يقول:

(١) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٤).

(٢) أخرجه البخارى فى اللباس (١٠/ ٣٢٢) ح (٥٨٥٥)، ومسلم فى اللباس (٣/ ١٦٦٠) ح (٢٠٩٧/٦٧).

(٣) ثبت فى (ب) التصديق.

(٤) ذكره ابن عبد البر: انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٣٩)، انظر الثمر الدانى (ص ٦٩٠)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٢٥).

(٥) وعن ابن أعبد قال: قال لى على بن أبى طالب - عليه السلام -: يا ابن أعبد تدرى ما حق الطعام؟ قال: قلت: وما حقه يا ابن أبى طالب؟ قال: تقول: بسم الله اللهم بارك لنا فيما رزقنا، قال: وتدرى ما شكره إذا فرغت؟ قال: قلت: وما شكره؟ قال: تقول الحمد لله الذى أطعمنا وسقانا، قال الحافظ الهيثمى روى عبد الله بن أحمد وذكره بطوله وابن أعبد قال ابن المدينى: ليس بمعروف، وبقية رجاله ثقات - انظر مجمع الزوائد (٥/ ٢٥).

(٦) أخرجه البخارى فى الأطعمة (٩/ ٤٣٤) ح (٥٣٧٨)، ومسلم فى الأشربة (٣/ ١٥٩٩) ح (٢٠٢٢/١٠٨).

(٧) أخرجه البخارى فى الأطعمة (٩/ ٤٩٣) ح (٥٤٥٨)، والترمذى فى الصلاة (٢/ ٢٥٤) ح (٤٠٤) وأبو داود فى الأطعمة (٣/ ٣٦٥) ح (٣٨٤٩) وابن ماجه فى الأطعمة (٢/ ١٠٩٢) ح (٣٢٨٤).

«الحمد لله الذى أطعمنا وسقانا وجعلنا مسلمين»^(١).

فصل

وينبغي له أن يتناول اللقمة بيمينه لما بيناه، ولا يأكل إلا مما يليه إذا كان الطعام نوعاً واحداً^(٢) لقوله ﷺ: «وكل مما يليك»^(٣)، ولأن فى تعديه ما يلى غيره دناءة وقلة مروءة وأدب^(٤)، وإذا كان أنواعاً مختلفة جاز أن يجبل يده فى نواحيه لأنه ينسب^(٥) فى ذلك إلى غرض صحيح غير مستقبح وهو إرادة النوع الذى فى الناحية البعيدة عنه.

فصل

ولا ينبغي أن ينفخ فى طعام ولا شراب ولا أن يتنفس فى إنائه، وإذا ضاق النفس بالشارب فلينع^(٦) القدح عن فيه فإذا تنفس أعاده^(٧) لما روى أنه ﷺ نهى عن النفخ فى الشراب^(٨)، فقال له رجل: إني أروى من نفس واحد فقال له ﷺ: «فأبى القدح عن فيك وتنفس»^(٩)، وروى أنه ﷺ قال: «اشرب فى ثلاثة أنفاس فهذا أهنا وأمرأ»^(١٠)، ولأنه إذا تنفس فى الإناء جاز أن يطير مع نفسه شئ من ريقه أو أنفه فتعافه النفس وينسب إلى القدرة، [وكذلك قلنا إنه إذا رأى القدرة]^(١١) فى الإناء أراقها ولم ينفخها

(١) أخرجه أبو داود فى الاطعمة (٣/٣٦٥) ح (٣٨٥٠)، والترمذى فى الدعوات (٥/٥٠٨) ح (٣٤٥٧) وقال: حديث حسن صحيح.

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى (٢/١١٣٨، ١١٣٩)، انظر الثمر الدانى (ص ٦٩٢)، انظر حاشية العدوى (٢/٤٢٦).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ثبت فى (١) آداب.

(٥) ثبت فى (١) سبب.

(٦) ثبت فى (١) فليتنع.

(٧) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١١٣٩)، انظر الثمر الدانى (ص ٦٩٢)، انظر حاشية العدوى (٢/٤٢٧).

(٨) ثبت فى (١) الشراب.

(٩) أخرجه الترمذى فى الأشربة (٤/٣٠٣) ح (١٨٨٧) وقال: حسن صحيح، ومالك فى الموطأ فى صفة النبى ﷺ (٢/٩٢٥) ح (١٢).

(١٠) أصله عند البحارى ومسلم بلفظ: كان يتنفس ثلاثاً. أخرجه البخارى فى الأشربة (١٠/٩٥) ح (٥٦٣١)، ومسلم فى الأشربة (٣/١٦٠٢) ح (٢٠٢٨/١٢٢).

(١١) ما بين المعكوفين سقط من (١).

ووردت الرواية بذلك.

فصل

ويجوز الشرب قائماً لأنه ﷺ فعل ذلك^(١)، وذكر مثله عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلى وروى عن سعد وابن عمر وعائشة^(٢) رضى الله عنهم أجمعين.

فصل

يكره الأكل متكئاً لقوله ﷺ: «أما أنا فلا أكل متكئاً»^(٣)، ولأن ذلك من فعل الأعاجم اعتقاداً للتجبر والتعظيم، وإذا أراد دفعه إلى غيره دفعه إلى الأيمن لما بيناه من استحباب التيامن على غيره، ولما روى أنه ﷺ أتى بشراب وعن يمينه أعرابى وعن شماله أبى بكر وعمر والأشياخ، فقال للأعرابى: «إن أذنت دفعت إلى أبى بكر»، فقال الأعرابى: لا أؤثر بنصيبى منك أحداً، فتله رسول الله ﷺ فى يده^(٤). ولأن ذلك مذهب العرب وستنها فإذا أكده الشرع كان أدخل فى النذب وأولى بالاستحباب.

فصل

ولا يجوز الأكل والشرب فى آنية الذهب والفضة، ولا اتخاذها للاستعمال فى غير ذلك^(٥)، وإنما قلنا ذلك لقوله ﷺ: «الذى يشرب فى آنية الذهب والفضة إنما يجرجر فى بطنه نار جهنم»^(٦).

- وكذلك الأكل أيضاً ممنوع لأن المعنى فيه وفى الشرب واحد وهو الخيلاء والتجبر،
- (١) أخرجه البخارى فى الأشربة (٨٣/١٠) ح (٥٦١٥)، ومسلم فى الأشربة (١٦٠١/٣) ح (٢٠٢٧/١١٧).
- (٢) أخرجه مالك فى الموطأ فى صفة النبى ﷺ (٩٢٥/٢ - ٩٢٦) ح (١٣ - ١٤ - ١٥ - ١٦).
- (٣) أخرجه البخارى فى الأطعمة (٤٥١/٩) ح (٥٣٩٨)، وأبو داود فى الأطعمة (٣٤٧/٣) ح (٣٧٦٩)، والترمذى فى الأطعمة (٢٧٣/٤) ح (١٨٣٠) وابن ماجه فى الأطعمة (١٠٨٦/٢) ح (٣٢٦٢) وأحمد فى المسند (٣٧٨/٤) ح (١٨٧٨١).
- (٤) أخرجه البخارى فى الأشربة (٨٨/١٠) ح (٥٦١٩)، ومسلم فى الأشربة (١٦٠٣/٣) ح (٢٠٢٩/١٢٤).
- (٥) ذكره الشيخ الآبى. انظر الشعر الدانى (ص ٦٩٣)، انظر حاشية العدوى (٢/٤٢٩، ٤٣٠).
- (٦) أخرجه البخارى فى الأشربة (٩٨/١٠) ح (٥٦٣٤)، ومسلم فى اللباس (١٦٣٤/٣) ح (٢٠٦٥/١).

ولأنه من ضروب ملوك الأعاجم والأكاسرة، ويجوز استعمال المضيب^(١) إذا كان يسيراً.

فصل

وينبغي لمن أراد النوم أن يوكئ سقاهه ويكفى إناءه ويغلق بابه ويطفئ سراجَه لورود الخبر بنص ذلك، ولأنه لا يأمن أن يتعدى من تركه ضرراً إذا لم يكن للسراج من يراعيه أو أن يعيث بالإناء شيء من الهوام، وأما إغلاق الباب فاحتراراً من السارق، وقد قال ﷺ: «أوكموا السقاء وأكفؤوا الإناء واطفؤوا المصباح فإن الفويسقة تضرم على الناس بيوتهم»^(٢)، وفي بعض الأمهات فصل رائد.

فصل

يجوز الشرب قائماً لأنه ﷺ فعل ذلك والسلف، وقال ابن عمر كنا نأكل ونحن نسعى ونشرب ونحن قيام على عهد رسول الله ﷺ^(٣).

فصل

كره مالك تعمد غسل اليد للأكل^(٤) لأنه من رى الأعاجم، ولم يرو عن السلف إلا أن يخاف أن يكون مس بيده شيئاً يكره أن يباشر به الطعام، ولأن ذلك إن كان مقصوداً

(١) ثبت في (١) المنضب.

(٢) أخرجه البخارى في بدء الخلق (٤٠٩/٦) ح (٣٣١٦)، ومسلم في الأشربة (١٥٩٤/٣) ح (٢٠١٢/٩٦).

(٣) أخرجه ابن ماجه في الأطعمة (١٠٩٨/٢) ح (٣٣٠١)، الترمذى في الأشربة (٣٠٠/٤) ح (١٨٨٠) وقال: حديث صحيح غريب.

(٤) وقال ابن عبد البر: وغسل اليد قبله وبعده حسن ويركته فيه قال الفارسي سلمان: قرأت في التوراة البركة في الطعام الوضوء قبله فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: «البركة في الطعام الوضوء قبله وبعده ومن بات وفي يده غمر الطعام وسهكه وأصابه لم فلا يلومن إلا نفسه». انظر الكافي لابن عبد البر (١١٣٩/٢، ١١٤٠).

وقال أبو الحسن في شرح الرسالة: وقول مالك هو مشهور المذهب. انظر حاشية العدوى على شرح الرسالة (٤٣٢/٢).

قال الشيخ الآبي: قال الإمام مالك: وليس العمل على قوله عليه الصلاة والسلام: الغسل قبل الطعام ينفي الفقر وبعده ينفي اللمم. أى: ليس عمل أهل المدينة عليه أى: ومذهبه أنه يقدم على الحديث وإن كان صحيحاً وذلك لأن عملهم على خلاف حديث المصطفى لا يكون إلا لموجب وذلك لكون النبي ﷺ فعل خلاف مقتضاه الدال على نسخه. انظر الثمر الداني (ص ٦٩٤).

به المبالغة فى النظافة فيكره له الاقتداء بالأعاجم مع مضادتهم العرب واعتقادهم أنهم أبصر وأعرف بتدبير الأمور وسائر النظافة لأن التخلق بأخلاق العرب فى الجملة أولى، والتعلق بآدابهم وسنتهم أحق إلا قدر ما ورد به الشرع بمنعه.

فصل

وينبغى لأكل الكراث والبصل والثوم اجتناب المسجد^(١) لقوله ﷺ «من أكل من هذه البقلة الخبيثة فلا يقربن مصلانا»^(٢)، وقوله ﷺ «من أكل هذه الشجرة فلا يقربن مسجدنا يؤذينا بريح الثوم»^(٣)، وروى أنه ﷺ كان يجتنب ذلك لأجل جبريل عليه السلام^(٤).

فصل

يستحب غسل اليد والفم من الدسم^(٥) لأمره ﷺ بذلك^(٦)، وروى أنه ﷺ شرب لبنًا فمضمض، وقال: إن له دسمًا^(٧)، وإن لم يكن فى طعامه ذلك فليس عليه غسل يده، وقد روى أن منديل عمر رضى الله عنه كان بطن قدمه^(٨).

فصل

ولا بأس بالإجابة إلى وليمة العرس لقوله ﷺ: «من دعى إلى وليمة فليجب»^(٩) فلينبغى ألا يمتنع من دعى إليها من الحضور بخلاف دعوى الحتان وغيرها، وإن أجاب

(١) ذكره الشيخ الآبى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٩٣)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٣٠).

(٢) أخرجه أبو داود فى الأطعمة (٣/ ٣٦٠) ح (٣٨٢٤)، والطبرانى فى الأوسط (٥/ ٦٧) ح (٤٦٩٠)، وذكره الحافظ الهيثمى وقال: رجاله موثقون بالنسبة للرواية التى فى الأوسط. انظر

مجمع الزوائد (٢/ ٢٠).

(٣) أخرجه البخارى فى الأذان (٢/ ٣٩٤) ح (٨٥٣)، ومسلم فى المساجد (١/ ٣٩٣) ح (٥٦١/٦٨).

(٤) أخرجه البخارى فى الأذان (٢/ ٣٩٥) ح (٨٥٥) ومسلم فى المساجد (١/ ٣٩٤) ح (٥٦٤/٧٣).

(٥) انظر الثمر الدانى (ص ٦٩٥).

(٦) أخرجه الترمذى فى الأطعمة (٤/ ٢٨٩) ح (١٨٥٩). وقال: حديث حسن صحيح.

(٧) أخرجه البخارى فى الأشربة (١٠/ ٧٣) ح (٥٦٠٩)، ومسلم فى الحيفض (١/ ٢٧٤) ح (٣٥٨/٩٥).

(٨) أصله عند البخارى من طريق جابر أخرجه البخارى فى الأطعمة (٩/ ٤٩٢) ح (٥٤٥٧).

(٩) أخرجه البخارى فى النكاح (٩/ ١٤٨ - ١٤٩) ح (٥١٧٣)، ومسلم فى النكاح (٢/ ١٠٥٢ - ١٠٥٣) ح (١٤٢٩/٩٨).

إلى ذلك فلا بأس وإن امتنع فلا بأس، وإنما استحبينا حضور وليمة النكاح لأن في ذلك معونة على إظهاره، والمبالغة في إعلانه وذلك مستحب فيه، وليس عليه أن يأكل وإنما عليه أن يحضر لقوله ﷺ: «من دعى إلى وليمة فليجب فإن كان مفطراً فليأكل وإن كان صائماً فليصل»^(١) أى: فليدع، وهذا إذا كانت الوليمة [خالية من اللعب والمنكر كالطبل والزمر، وإن كان فيها شيء من ذلك فلا ينبغي حضوره إلا أن يكون خفيفاً لا ينكر نوعه فلا بأس به]^(٢).

فصل

يكره في الجملة لأهل الفضل التسرع إلى إجابة الطعام والتسامح بذلك، لأن فيه مذلة، ودناءة وإضاعة للتصاوان وأخلاق ذوى الهيئة عند دناءة النفس ونسبة فاعله إلى الشره ودناءة النفس وجرائته عليه وانبساطه، وسيما إن كان حاكماً أو ممن يتعلق به حقوق الناس واعتقاد منه عليه^(٣)، وقد قيل: ما وضع أحد يده فى قصعة أحد إلا ذل له.

فصل

عيادة المسلم أخاه إذا مرض مستحبة مندوب إليها لقوله ﷺ: «من حق المسلم على المسلم ثلاث: فذكر ويعوده إذا مرض»^(٤)، وقوله ﷺ: «لا تقاطعوا ولا تدابروا»^(٥)، وروى: إذا عاد الرجل المريض خاض الرحمة^(٦) فإذا قعد عنده قرت فيه وشهادة جنازته أكد فى الاستحباب من عيادته لقوله ﷺ: «ويشهد جنازته إذا مات»^(٧) ولأنه إلى الدعاء له بعد الموت أحوج منه إليه حال الحياة.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٣) عليه: سقطت من (١).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه مالك فى الموطأ فى العين (٩٤٦/٢).

(٧) تقدم تخريجه.

فصل

والغيبة حرم^(١) لقوله عز وجل: ﴿وَلَا يَغْتَبِ بَعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ﴾ [الحجرات: ١٢]، ولما روى من الآثار في منعها والنهي عنها، ولأن فيها مؤدى إلى العداوة والبغضاء وإفساد المودات وتولد الاحقاد وذلك ضد المأمور به، ويجب في الجملة لأهل الدين والعلم والفضل والورع حفظ ألسنتهم واستعمال الصمت والإقلال من الكلام إلا فيما لا بد منه وما تدعو الحاجة إليه من دعاء أو قراءة أو درس أو تعليمه أو مصلحة حال الإنسان، فإن في الإكثار منه السقوط والخطأ والتعريض للزلل ولثل ذلك مدح العلماء الصمت، وقال مالك رحمه الله: من عد كلامه من عمله^(٢) قل كلامه، وروى أن عمر دخل على أبي بكر الصديق رضى الله عنهما وهو يجبل بلسانه ويقول: هذا أوردنى الموارد.

فصل

لبس الحرير ممنوع للرجال مباح للنساء^(٣) لقوله ﷺ: «الحرير محرم على ذكور أمتي»^(٤)، وقوله: «لباس من لا خلاق له»^(٥)، ويجوز للنساء لأن الزينة مباح لهن، ولأن ذلك ينفعهن عند الأزواج، وكذلك التختم بالذهب ممنوع للرجل^(٦) لنهي ﷺ عنه للرجال^(٧)، ويجوز للنساء.

(١) ذكره الشيخ الآبي. انظر الثمر الداني (ص ٦٦١)، انظر حاشية العدوى (٢/٣٨١).

(٢) ثبت في (ب) من علمه.

(٣) ذكره الشيخ الآبي. انظر الثمر الداني (ص ٦٨٣)، انظر حاشية العدوى (٢/٤١٢).

(٤) أخرجه أبو داود في اللباس (٤/٤٩) ح (٤٠٥٧)، وابن ماجه في اللباس (٢/١١٨٩) ح

(٣٥٩٥)، والنسائي في الزينة (٨/١٣٨) (باب: تحريم الذهب على الرجال)، والترمذي في

اللباس (٤/٢١٧) ح (١٧٢٠) وقال: حسن صحيح.

(٥) أخرجه البخاري في الجمعة (٢/٤٣٤) ح (٨٨٦)، ومسلم في اللباس (٣/١٦٣٩) ح

(٨/٦٨-٢).

(٦) ذكره الشيخ الآبي. انظر الثمر الداني (ص ٦٨٤)، انظر حاشية العدوى (٢/٤١٢).

(٧) أخرجه البخاري في اللباس (١٠/٣٢٧) ح (٥٨٦٣)، ومسلم في اللباس (٣/١٦٥٤) ح

(٥١/٨٩-٢).

فصل

ويجوز لبس الخنز لأنه ليس من الحرير وقد لبسه السلف، وكرهه مالك^(١) لأجل السرف وإن دعت ضرورة إلى لبس الحرير جاز، وقد رخص في السير منه كالعلم في الثوب وشبهه.

فصل

ولا يجوز التماثيل في بناء أو لباس أو فراش إلا أن يكون رقماً في ثوب، والأصل فيه نهيه ﷺ عنه وتشديده وقوله «إن الملائكة لا تدخل بيتاً فيه كلب ولا صورة»^(٢) وقوله: «أشد الناس عذاباً يوم القيامة المصورون»^(٣)، وقوله «إن أصحاب هذه الصور يقال لهم يوم القيامة أحيوا ما خلقتم»^(٤)، وقوله لعائشة رضى الله عنها «لم تزل الملائكة تدفعني في القرام الذي نصبته»^(٥).

فصل

والاختيار التختم في اليسار لأن ذلك هو المروى عن النبي ﷺ^(٦) والسلف الأكثر منهم، ولأن خلافه قد صار كالشعار للمبتدعة، علل بعض أصحابنا بأن المتناول باليمين ليوضع الشمال.

(١) قال الشيخ الآبي: صحح من القبس الجواز واستظهر ابن رشد الكراهة وقال القرافي: ظاهر المذهب الحرمة لقوله ﷺ في حلة عطار وكان يخالطها الحرير: «إنما يلبس هذه من لا خلاق له في الآخرة». انظر الثمر الداني (ص ٦٨٥). وقال الشيخ العدوي: قول ابن رشد هو أظهر الأقوال وأولاهها بالصواب فهو الراجح. انظر حاشية العدوي (٢/٤١٥).

(٢) أخرجه البخاري في البيوع (٦/٣٥٩) ح (٣٢٢٥)، ومسلم في اللباس (٣/١٦٦٥) ح (٢١٠٦/٨٣).

(٣) أخرجه البخاري في اللباس (١٠/٣٩٦) ح (٥٩٥٠)، ومسلم في اللباس (٣/١٦٧٠) ح (٢١٠٩/٩٨).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه البخاري في الصلاة (١/٥٧٧) ح (٣٧٤) بلفظ: «أميط عنا قرامك هذا، فإنه لا تزال تصاويره تعرض في صلاتي» وأحمد في المسند (٣/١٨٦) ح (٣٩ ١٢٥) بنحوه.

(٦) أخرجه مسلم في اللباس (٣/١٦٥٩) ح (٢٠٩٥/٦٣)، وأبو داود في الخاتم (٤/٨٩) ح (٤٢٢٩)، والترمذي في اللباس (٤/٢٤٩) ح (١٧٨٦)، وأحمد في المسند (١/٩٨) ح (٥٨٨).

فصل

يكره أن يلبس النساء من الرقيق ما يبين منه أبدانهن^(١) لأن ذلك من التبرج وإبداء الزينة المنهى عنها، وفي ذلك قال النبي ﷺ «كاسيات في الدنيا عاريات يوم القيامة لا يدخلن الجنة ولا يجدن ريحها»^(٢)، وروى أن حفصة بنت عبد الرحمن دخلت على عائشة وعليها خمار رقيق فشقتة عائشة رضى الله عنها وكستها خماراً كثيفاً^(٣).

فصل

ولا يجوز لأحد أن يجر ثوبه بطراً ولا خيلاء^(٤) لقوله ﷺ «لا ينظر الله يوم القيامة إلى من يجر إزاره بطراً» وروى «خيلاء»^(٥) ويستحب تقصير الثياب إرادة التواضع ولينفى عن الرجل الخيلاء في المشية واللبسة المتوعد عليها، وفي الحديث: «بينما رجل ممن كان قبلكم يتبختر في حلة فأمر الله عز وجل الأرض أن تبلعه فهو يتجلجل فيها إلى يوم القيامة»^(٦)، وقال ﷺ «إزرة المؤمن إلى أنصاف ساقيه لا جناح عليه فيما بينه وبين الكعبين فما راد ففي النار»^(٧)، وهذا للرجال فأما النساء فلهن الزيادة على ذلك نحو الشبر وما راد عليه إلى الذراع لما روى أن أم سلمة قالت فكيف بالنساء يا رسول الله ﷺ، قال: «يرخين شبراً» قالت: إذا تبدوا أسواقهن وأقدامهن قال: «فذراع ولا يزدن عليه»^(٨).

(١) ذكره الشيخ الآبي. انظر الثمر الداني (ص ٦٨٥)، انظر حاشية العدوى (٢/٤١٦).

(٢) أخرجه مسلم في اللباس (٣/١٦٨٠) ح (٢٥٨/١٢٥)، ومالك في الموطأ في اللباس (٢/٩١٣) ح (٧)، وأحمد في المسند (٢/٤٧٢) ح (٨٦٨٦).

(٣) أخرجه مالك في الموطأ في اللباس (٢/٩١٣) ح (٦).

(٤) ذكره الشيخ الآبي. انظر الثمر الداني (ص ٦٨٥).

(٥) أخرجه البخاري في اللباس (١٠/٢٦٩) ح (٥٧٩١)، ومسلم في اللباس (٣/١٦٥١) ح (٢٠٨٥/٤٢).

(٦) أصله عند البخاري ومسلم، أخرجه البخاري في اللباس (١٠/٢٦٩) ح (٥٧٨٩)، ومسلم في اللباس (٣/١٦٥٤) ح (٢٠٨٨/٥٠).

(٧) أخرجه أبو داود في اللباس (٤/٥٨) ح (٤٠٩٣)، وابن ماجه في اللباس (٢/١١٨٣) ح (٣٥٧٣)، ومالك في الموطأ في اللباس (٢/٩١٤ - ٩١٥) ح (١٢).

(٨) أخرجه أبو داود في اللباس (٤/٦٤) ح (٤١١٧)، والنسائي في الزينة (٨/١٨٤) (باب: ذيول النساء)، ومالك في الموطأ في اللباس (٢/٩١٥) ح (١٣).

فصل

اشتغال الصماء على غير ثوب منهى عنه^(١)، وعلى ثوب مختلف أصحابنا فيه^(٢)، والاحتباء على غير ثوب منهى عنه أيضاً، والأصل فيه ما روى أنه ﷺ نهى عن لبستين اشتغال الصماء وأن يحتبى الرجل فى ثوب واحد ليس على فرجه منه شيء^(٣)، ووجه الجواز إذا كان على الثوب أن المنع من ذلك خيفة انكشاف العورة فإذا أمن هذا جاز، ووجه المنع عموم النهى لأن المنع من ذلك لصفة اللبسة وذلك موجود وإن كانت من وراء ثوب.

فصل

جملة أقسام اللباس خمسة متعلقها^(٤): واجب ومندوب ومحظور ومكروه ومباح وهذه الأحكام تثبت على وجهين: أحدهما على وجه العموم^(٥)، والأخرى على وجه الخصوص ثم متعلقها وجهان^(٦)، وثبوت هذه الأحكام لها ضربان: راجع إلى حق الله عز وجل وراجع إلى حق الإنسان ونحن نبين جملة ذلك.

أما الواجب فما يستر العورة عن أعين الناس^(٧) وهذا القسم عام غير خاص وهو الراجع إلى حق الله تعالى، وأما الراجع منه إلى حق الإنسان فما يقى من الحر والبرد ويستدفع به الضرر فى الحروب وما أشبه ذلك، ولنا نريد بأنه يرجع إلى حق المخلوق أنه يجوز له تركه لأنه لو كان كذلك^(٨) لم نصفه بأنه واجب وإنما نريد أنه يجب لأجل المخلوق لا لعبادة هو شرط فى صحتها وهذا أيضاً عام غير خاص.

(١) ذكره الشيخ الآبى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٦)، انظر حاشية العدوى (٢/٤١٨).

(٢) قال الشيخ الآبى: اختلف فيه على قولين لمالك بالمنع اتباعاً لظاهر الحديث والإباحة لانتفاء العلة المذكورة وهى كشف العورة. انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٦)، انظر حاشية العدوى (٢/٤١٨).

(٣) أخرجه البخارى فى اللباس (١٠/٢٩٠) ح (٥٨٢١)، ومسلم فى اليسوع (٣/١١٥٢) ح (١٥١١/٢).

(٤) متعلقها: سقطت من (ب).

(٥) ثبت فى (ب) على وجه المنع.

(٦) ثبت فى (ب) وجهات.

(٧) ثبت فى (ب) للمخلوقين.

(٨) ثبت فى (ل) له ذلك.

فأما المندوب: على التقسيم الذى ذكرناه فما هو لحق الله كالرداء فى الجماعة وأن لا يعرى منكبيه من شىء والثياب الجميلة فى الأعياد وما فى معنى ذلك، والراجع إلى حقوق المخلوقين ما يتجملون به بينهم وما لا يزدري بصاحبه ولا ينقص من مروءته وهذا من حقوق الآدميين وهو عام فى الندب.

فأما المحذور: فعلى ضربين عام وخاص، فالعام منه ضربان: راجع إلى نوع الملبوس وراجع إلى صفة اللبس، والأول منه: السرف الزائد على القدر المأذون فيه المخرج صاحبه إلى الخيلاء والبطر، والثانى منه: اشتغال الصماء والحبوة على غير ثوب وهذا عام فى كل لابس وخصوصه فى الصفة مختلف فيه: أعنى إذا اشتمل الصماء من فوق ثوب وهذا يستر العورة، صفة اشتغال الصماء أن يلتحف بالثوب ويرفعه على أحد جانبيه فلا يكون ليده موضع يخرج منه ولذلك سمي الصماء، والاحتباء مذهب العرب وصفته: أن يجلس ويضع ركبته [ويدير ثوبه من وراء ظهره إلى أن يبلغ به ركبته]^(١) ويشده حتى يكون كالمعتمد عليه والمستند إليه، وهذا إذا كان تحته الثوب يستر العورة فهو داخل فى قسم المباح، وإن كان على غير ثوب فهو محذور لأدائه إلى كشف العورة ومنه التلثم وتغطية الأنف فى الصلاة وقد ذكرناه، وأما الخاص فالحرير وتحريمه للذكور دون الإناث وليس من هذا الباب الثوب النجس^(٢) لأن ذلك لا يرجع إلى اللبس، وإنما يرجع إلى حمل النجاسة بدليل منعه لبس الثوب الذى فيه نجاسة على حد منعه أن يستعملها فى بدنه وليس ذلك بلبس، ومنه التختيم بالذهب إن عد لباساً ومنه لبس المخيط فى الإحرام، وكل هذا القسم يرجع إلى حق الله ولعل فيه ما يرجع إلى حق الآدميين والظاهر الأول.

وأما المكروه: فتقيض المندوب إليه فيغنيانا عن التفصيل، ومنه فى الجملة ما خالف رى العرب وأشبه رى الأعاجم وعاداتهم كالتعمم بغير تحنيك، وقد روى «تلك عمامة الشيطان»^(٣)، وترك التردى وما أشبه ذلك لأن سنة العرب ومذاهبها هى سنة النبى ﷺ ومذهبه إلا قدر ما نهى عنه.

وأما المباح: فما يرجع إلى نوع الملبوس كالقطن والكتان والصوف، وإلى صفته

(١) ما بين المعكوفين سقط من (١).

(٢) ثبت فى (ب) الذى فيه نجاسة.

(٣) لم أجده.

كالقميمص والمناديل والعمائم وثياب النساء ومنه راجع إلى صفة اللبس كالرداء والاحتباء والسدل وهو أن يطرح ردائه على منكبيه ويبقى وسطه على رأسه أو ظهره، وقد يكون عامًّا وقد يكون خاصًّا على ما بيناه وقد نبهنا بقدر ما ذكرناه على ما أغفلناه.

فصل

دخول الحمام جائز للرجال إذا كان بمئزر ولا يجوز للنساء إلا من علة إما من مرض لا يصلحه إلا الحمام أو الحاجة إلى الاغتسال لحيض أو نفاس لشدة البرد وتعذر إسخان الماء في غيره وما أشبه ذلك^(١)، وإنما فرقنا بين الرجل والمرأة في ذلك لقوله ﷺ «الحمام بيت لا يستر فيه لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يدخله إلا بمئزر، ولا امرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تدخله إلا من علة»^(٢)، وروى أن نسوة من أهل حمص دخلن على عائشة رضی الله عنها فقالت: لعلكن من النساء اللاتي يدخلن الحمامات قلن: إنا لنفعل ذلك فقالت أما إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «أيما امرأة نزع ثيابها في غير بيت زوجها فقد هتكت ما بينها وما بين الله عز وجل»^(٣)، وقال بعض متأخري أصحابنا إن هذا النهي إنما كان في الوقت الذي لم يكن للنساء مفردًا، فأما اليوم فقد زال ذلك فيجب أن يجوز.

فصل

ووصل الشعر والوشم ممنوع منه لقوله ﷺ: «لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة»^(٤) والمعنى في ذلك أن فيه غرورًا وتدليسًا.

(١) ذكره الشيخ الآبي. انظر الثمر الداني (ص ٦٨٧). انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٢٠).

(٢) أخرجه الترمذي في الأدب (١١٣/٥) ح (٢٨٠١)، وقال: حديث حسن غريب. وليس فيه (من علة).

(٣) أخرجه أبو داود في الحمام (٣٨/٤) ح (٤٠١٠)، وابن ماجه في الأدب (١٢٣٤/٢) ح (٣٧٥٠)، والترمذي في الأدب (١١٤/٥) ح (٢٨٠٣) وقال: حديث حسن.

(٤) أخرجه البخاري في اللباس (٣٩١/١٠) ح (٥٩٤٠)، ومسلم في اللباس (١٦٧٧/٣) ح (٢١٢٤/١١٩).

فصل

والخضاب^(١) جائز وتركه واسع إلا بالسواد فإنه يكره ، وإنما قلنا : إنه جائز لأن رسول الله ﷺ كان يخضب بالحناء والكتم^(٢) ، وروى عن أبي بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم^(٣) ، وقال مالك^(٤) كان رسول الله ﷺ لا يخضب^(٥) قال يدل على ذلك أن عائشة رضى الله عنها سئلت وقالت : كان أبو بكر يخضب^(٦) فلو كان رسول الله ﷺ يخضب لذكرته ، لأنه لا يجوز أن يخفى ذلك عليها وإنما كره السواد لأن ذلك تدليساً على النساء وإيهاماً أنه خلقة وأنه باق على الشباب فتدخل المرأة على ذلك ولو عرفت أنه خضاب لم تدخل عليه .

فصل

ولا يخلو رجل بامرأة ليست منه بمحرم للنهي عن ذلك^(٧) وقوله ﷺ «إن الشيطان ثالثهما»^(٨) وفائدته أن الشيطان يدعو إلى المعصية مع الخلوة ، وإذا كان معها غيره راقبه وخاف أن يطلع عليه أو لا يحدث نفسه بذلك فيكون على أصل^(٩) خشية الله من مواجهة المعصية لا رهبة من الخلق .

(١) قال الفيروزآبادى : خَصَّبَهُ يَخْضِبُهُ : لَوْنُهُ كَخَضْبِهِ وَالْخَضَابُ مَا يَخْتَضِبُ بِهِ . انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٦٢/١) .

(٢) أخرجه أحمد فى المسند (٢٠٢/٤) ح (١٧٥٠٩) ، وذكره الحافظ الهيثمى وعزاه إلى البزار وفيه يحيى بن أبى كثير أبو النضر وهو ضعيف جداً ولم يسمع من أبى الطفيل . انظر مجمع الزوائد (١٦٣/٥) .

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ فى الشعر (٢/٩٤٩٠٠٩٥٠) ح (٨) .

(٤) ثبت فى (١) وقالوا .

(٥) انظر الموطأ (٢/٩٥٠) .

(٦) انظر الموطأ (٢/٩٥٠) .

(٧) ذكره ابن عبد البر . انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١١٣٤) ، انظر حاشية العدوى (٢/٤٢٢) .

(٨) أصله عند البخارى ومسلم بلفظ (لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذى محرم) ، أخرجه البخارى فى

النكاح (٩/٢٤٢) ح (٥٢٣٣) ومسلم فى الحج (٢/٩٧٨) ح (١٣٤١/٤٢٤) ، والترمذى فى

الرضاع (٣/٤٦٥) ح (١١٧١) واللفظ له ، وأحمد فى المسند (٣/٤١٦) ح (١٤٦٦٣) بنحوه .

(٩) ثبت فى (ب) أفضل .

فصل

ولا يجتمع رجلان ولا امرأتان متعريين فى لحاف أو إزار واحد^(١) للنهى عن ذلك^(٢)،
ولأن كل واحد يرى عورة صاحبه.

فصل

يجوز النظر إلى المتجالة ويكره إلى الشابة إلا لعذر من شهادة أو علاج أو غير ذلك^(٣)، لأن الشابة لا تؤمن الفسنة بها والتلذذ بالنظر إليها والمتجالة قد رال منها هذا المعنى، وقد قال الله تعالى: ﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ غَيْرَ مُتَبَرِّجَاتٍ بِزِينَةٍ﴾ [النور: ٦٠] الآية، ويجوز النظر إلى الشابة عند الخطبة لإباحته ﷺ ذلك وقوله: «فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»^(٤)، ولا يجوز أن يطلع^(٥) منها على محرم لأن ذلك لا يجوز إلا بالعقد المبيح له.

فصل

ويجوز أن تأكل المرأة مع الوغد^(٦) من عبيدها الذى يؤمن منه التلذذ بها وأن يرى شعرها، ولا يجوز ذلك مع الشاب الذى ربما حدثته نفسه بمحرم منها أو المرغوب فيه لنظافته.

فصل

لا يجوز تعمد حضور اللهو واللعب ولا شئ من الملاهى المطربة كالطبل والزمر وما

- (١) ذكره الشيخ الآبى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٨)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٢٠).
- (٢) أخرجه مسلم فى الحيف (١/ ٢٦٦) ح (٣٣٨/ ٧٤)، والترمذى فى الأدب (١٠٩/ ٥) ح (٢٧٩٣) وقال: حديث حسن غريب جميع وأحمد فى المسند (٧٨/ ٣) ح (١١٦٠٧).
- (٣) ذكره الشيخ الآبى، انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٩)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٢٣).
- (٤) أخرجه ابن ماجه فى النكاح (١/ ٥٩٩) ح (١٨٦٥) فى الزوائد: إسناده صحيح ورجاله ثقات، والنسائى فى النكاح (٦/ ٥٧) باب (إباحة النظر قبل التزويج)، والترمذى فى النكاح (٣/ ٣٨٨) ح (١٠٨٧).
- (٥) ثبت فى (١) أن ينضم.
- (٦) ذكره ابن عبد البر وقال: وترك ذلك أقرب إلى السلامة. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٣٦).

فى معناه، وقد رخص من ذلك فيما يستعمل فى النكاح من الدف والكبر^(١)، والأصل فى منعه قوله تعالى: ﴿وَإِذَا سَمِعُوا اللَّغْوَ أَعْرَضُوا عَنْهُ﴾ [القصص: ٥٥] ولأن ذلك من المنكر المنهى عنه المتروك عليه لأن فيه ما يدعو إلى المعاصى والآثام ويحسن شرب الخمر وذلك ممنوع، وربما أدى إلى هتك المروءة وزوال التصاون.

فصل

ولا يجوز قراءة القرآن بالألحان المطربة والمشبهة بالأغانى إعظاماً له وتزيهاً عن الأغانى والمناكير^(٢)، ولأن ثمره قراءته الخشية لله وتجديد التوبة عند سماع مواعظه والاعتبار ببراهينه وقصصه وأمثاله والشوق إلى موعوده وذلك ينافى تلحينه واعتقاد الإطراب بطيب سماعه، وينبغى تقسيم قراءته إلى تفخيم وإعظام فيما يليق بذلك منه وإلى تحرير وترقيق على حساب المواعظ المقرؤة منه والحال المقرؤة فيها، وقد نبه الله تعالى على ما ذكره من تقسيم القراءة وصفقتها بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ الَّذِينَ إِذَا ذُكِرَ اللَّهُ وَجِلَتْ قُلُوبُهُمْ وَإِذَا تُلِيَتْ عَلَيْهِمْ آيَاتُهُ زَادَتْهُمْ إِيمَانًا وَعَلَىٰ رَبِّهِمْ يَتَوَكَّلُونَ﴾ [الأنفال: ٢] وقوله تعالى: ﴿أَفَلَا يَتَذَكَّرُونَ الْقُرْآنَ أَمْ عَلَىٰ قُلُوبٍ أَقْفَالُهَا﴾ [محمد: ٢٩]، وقوله تعالى: ﴿لِيَذْكُرُوا آيَاتِهِ﴾ [ص: ٢٩]، وقوله تعالى: ﴿إِذَا سَمِعُوا مَا أُنْزِلَ إِلَى الرَّسُولِ تَرَىٰ أَعْيُنُهُمْ تَفِيضُ مِنَ الدَّمْعِ﴾ [المائدة: ٨٣] ولأن الألحان إذا كرهت فى الشعر كانت فى القرآن أولى.

فصل

لا يسافر بالقرآن إلى أرض العدو ومخافة أن ينالوه^(٣)، وللهي الوارد فى ذلك^(٤) استخفافاً بحرمة وضد ما أمر به من تعظيمه وإكرامه، ويجوز أن يكتب إليهم بالآية والآيتين إذا كان الغرض بذلك الدعاء إلى الإسلام لما روى أنه ﷺ كتب إليهم: بسم الله الرحمن الرحيم ﴿قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ تَعَالَوْا إِلَىٰ كَلِمَةٍ سَوَاءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ﴾^(٥) [آل عمران: ٦٤].

(١) قال الشيخ الأبي: وقد اختلف فى الكبر: وهو طبل صغير بجلد من ناحية واحدة فأجازه ابن القاسم ومنعه غيره، انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٨)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٢٢).
(٢) ذكره الشيخ الأبي. انظر الثمر الدانى (ص ٦٧٧)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٠٠).
(٣) ذكره الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٤٤٦).

(٤) أخرجه البخارى: الجهاد (٦/ ١٥٥) ح (٢٩٩٠) ومسلم: الإمارة (٣/ ١٤٩٠) ح (١٨٦٩/٩٢).

(٥) أخرجه البخارى: التفسير (٨/ ٦٢-٦٣) ح (٤٥٥٣)، ومسلم: الجهاد (٣/ ١٣٩٣) ح (١٧٧٣/٧٤).

فصل

التعوذ بالقرآن وبأسماء الله تعالى جائز^(١) لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ﴾ [النمل: ٩٨] وقوله تعالى: ﴿قُلْ أَعُوذُ بِرَبِّ الْفَلَقِ﴾ [الفلق: ١] و ﴿قُلْ أَعُوذُ بِرَبِّ النَّاسِ﴾ [الناس: ١] وإخباره تعالى عن أنبيائه وصالحى عباده أنهم تعوذوا به، وروى أنه ﷺ كان إذا اشتكى قرأ على نفسه بالمعوذات وينفث^(٢)، وكان من تعوذه «أعوذ بوجه الله الكريم وبكلمات الله التامات من شر ما خلق وما ذراً وما براً ومن شر كل دابة ربي آخذ بناصيتها وإن ربي على صراط مستقيم»^(٣)، ومنه ما علمه عثمان بن أبى العاص، «أعوذ بعزة الله وقدرته من شر ما أجد»^(٤)، وفيه أخبار كثيرة.

فصل

والرقية^(٥) جائزة بالقرآن وبأسماء الله تعالى^(٦) لقوله جل ذكره: ﴿وننزل من القرآن ما هو شفاء ورحمة للمؤمنين﴾ [الإسراء: ٨٢] وقوله تعالى: ﴿وهذا كتاب أنزلناه مبارك﴾ [الأنعام: ٩٢] وقوله ﷺ «استرقوا لهما فإنه لو سبق القدر شيء لسبقت العين»^(٧).

(١) انظر الموطأ (٢/٩٤٢)، انظر حاشية العدوى (٢/٤٥٠، ٤٥٢).

(٢) أخرجه البخارى فى فضائل القرآن (٨/٦٧٩) ح (١٦/٥٠)، ومسلم فى السلام (٤/١٧٢٣) ح (٥١/٢١٩٢).

(٣) ذكره الحافظ الهيثمى وقال: فيه من لم أعرفه. انظر مجمع الزوائد (١٠/١٣١) وليس فى الطبرانى فى الصغير كما عزاه الحافظ الهيثمى.

(٤) أخرجه أبو داود فى الطب (٤/١١) ح (٣٨٩١)، والترمذى فى الطب (٤/٤٠٨) ح (٢٠٨٠) وقال: حسن صحيح، ومالك فى الموطأ فى العين (٢/٩٤٢) ح (٩).

(٥) قال الفيروزآبادى: الرقية بالضم: العودة، والجمع: رُقَى، ورقاه رُقِيًا: نفث فى عودته. انظر القاموس المحيط (٤/٣٣٦).

(٦) ذكره الشيخ الألبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧١٠)، انظر حاشية العدوى (٢/٤٥١).

(٧) أخرجه الترمذى فى الطب (٤/٣٩٥) ح (٥٩/٢٠) وقال: حديث حسن صحيح وابن ماجه فى الطب (٢/١١٦٠) ح (٣٥١٠)، ومالك فى الموطأ فى العين (٢/٩٣٩) ح (٣) وقال مالك: معضل ورواه ابن وهب فى جامعه عن مالك، عن حميد بن قيس، عن عكرمة بن خالد به مرسلًا.

فصل

من عيّن إنساناً توضاً له العائن، وصفة ذلك: أن يغسل وجهه ويديه ومرفقيه وركبتيه وأطراف رجليه وداخل إزاره في إناء ثم يصبه على المريض^(١) لورود الخبر بذلك في حديث عامر بن ربيعة لما مر بسهل بن حنيف فعين سهلاً، فأمره النبي ﷺ أن يتوضاً له على هذه الصفة بعد أن تغيط، وقال: «علام يقتل أحدكم أخاه»^(٢).

فصل

والرقية جائزة من العقرب لأنه مما يؤذى شر الإيذاء^(٣) وروى أنه ﷺ أرخص في الرقية من كل ذي حمى^(٤)، ويجوز رقية الذمي إذا كانت بكتاب الله، لما روى أنه ﷺ دخل على عائشة عندها يهودية ترقىها فقال: «بكتاب الله فارقي»^(٥).

فصل

والكي من اللقوة وسائر ما يحتاج إليه ويصلح به لأنه على علاج العرب، وقد اکتوى جماعة من الصحابة^(٦)، والتعالج والتداوى للمريض جائز: بالحجامة والكي وشرب الدواء وقطع العرق وكل ما فيه رجاء لصلاح البدن وزوال المرض إلا أن يكون شرب خمر أو استعمال نجس أو أمر ممنوع^(٧)، والأصل فيه أن النبي ﷺ تداوى واحتجم وشاور الطبيب، وقال لطيبين: أيكما أطب قالوا يا رسول الله: هل في الطب من خير؟

(١) ذكره الشيخ الآبي. انظر الثمر الداني (ص ٧١٠)، انظر حاشية العدوى (٢/٤٥١).

(٢) أخرجه البخاري في الطب (١٠/٢١٣) ح (٥٧٤٠)، ومسلم في السلام (٤/١٧١٩) ح (٢١٨٧/٤١).

(٣) ذكره الشيخ الآبي. انظر الثمر الداني (ص ٧١٠)، انظر حاشية العدوى (٢/٤٥١).

(٤) أخرجه البخاري في الطب (١٠/٢١٦) ح (٥٧٤١)، ومسلم في السلام (٤/١٧٢٤) ح (٢١٩٣/٥٢).

(٥) الثابت أن أبا بكر هو الذي دخل على عائشة. أخرجه مالك في الموطأ في العين (٢/٩٤٣) ح (١١).

(٦) أخرجه ابن ماجه في الطب (٢/١١٥٥) ح (٣٤٩٢) ومالك في الموطأ في العين (٢/٩٤٤) ح (١٣).

(٧) ذكره الشيخ الآبي. انظر الثمر الداني (ص ٧١١، ٧١٢)، انظر حاشية العدوى (٢/٤٥٢)، (٤٥٣).

قال: «إن الذي أنزل الداء أنزل الدواء»^(١)، وقيل لعائشة رضى الله عنها من أين لك العلم بالطب؟ فقالت: إن العلل كانت تعتاد رسول الله ﷺ كثيراً وكان يشاور الطبيب وكنت أسمع ما يقول له^(٢)، فأما شرب الخمر وغيرها من النجاسات للتداوى فغير جائز لعموم قوله تعالى: ﴿والرجز فاهجر﴾ [المذثر: ٥]، وقوله ﷺ: «ما جعل الله شفاء أمتى فيما حرم عليها»^(٣).

فصل

لا يجوز اللعب بالنرد ولا بالشطرنج^(٤) لأنها تلهى عن العبادات وتشغل عن ذكر الله، وتؤدى محبتها^(٥) والإدمان عليها إلى القسم والحلف كاذباً وترك الصلوات وذلك فسوق، وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال: «من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله»^(٦)، فأما إن كان شيئاً خفيفاً يستعمل معه بعض ما ذكرناه جاز لأنه خفيف.

فصل

من رأى من الحيات شيئاً فى منزله فليؤذنه ثلاثة أيام فإن بدى له بعد ذلك فليقتله، وأما فى الصحارى وما عدا البيوت فليقتله من غير إيدان^(٧)، والأصل فيه قوله ﷺ: «من ترأى له شئ من الحيات فى البيوت فليؤذنه ثلاثاً فإن بدا له بعد ذلك فليقتله»^(٨)، وروى سالم عن ابن عمر قال بينما أنا يوماً أطارد حية من دواب البيوت أبصر ذلك زيد

(١) أصله فى الصحيحين. أخرجه البخارى فى الطب (١٠/١٤١) ح (٥٦٧٨) ومسلم فى السلام (٤/١٧٢٩) ح (٢٢٠٤/٦٩)، ومالك فى الموطأ فى العين (٢/٩٤٤) ح (١٢) مرسل وشواهده فى الصحيحين وغيرهما كما ذكرنا.

(٢) لم أجده.

(٣) ذكره الحافظ الهيثمى وعزاه إلى أبى يعلى والبزار ورجال أبى يعلى رجال الصحيح خلا حسان ابن مخارق وقد وثقه ابن حبان. انظر مجمع الزوائد (٥/٨٩).

(٤) ذكره الشيخ الآبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧١٦)، انظر حاشية العدوى (٢/٤٦١).

(٥) ثبت فى (١) صحبتها.

(٦) أخرجه أبو داود فى الأدب (٤/٢٨٦) ح (٤٩٣٨)، وابن ماجه فى الأدب (٢/١٢٣٧-١٢٣٨)

ح (٣/٦٢٢)، ومالك فى الموطأ فى الرويا (٢/٩٥٨) ح (٦)، والحاكم فى المستدرک (١/٥٠)

صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه وأقره الذهبى.

(٧) ذكره الشيخ الآبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧١٨)، انظر حاشية العدوى (٢/٤٦٣).

(٨) أخرجه مسلم فى السلام (٤/١٧٥٦) ح (٢٢٣٦/١٣٩).

ابن الخطاب وأبو لبابة فقالا: مه يا عبد الله: فقلت إن رسول الله ﷺ يقتلها فقالا: قد نهى عن ذوات البيوت^(١)، وفي حديث أبي سعيد قال: كان فتى منا حديث عهد بعرس دخل منزله فوجد حية منطوية^(٢) على فراشه فركز فيها رمحه فانتظمها فاضطربت الحية فى رأس الرمح وخر الفتى صريعاً فما يدرى أيهما كان أسرع موتاً الفتى أم الحية فقال رسول الله ﷺ: «استغفروا لصاحبكم»، ثم قال «إن بالمدينة جنّاً قد أسلموا فإذا رأيتم ذلك فآذنوه ثلاثة أيام فإن بدى لكم بعد ذلك فاقتلوه فإنما هو شيطان»^(٣)، فأما فى الصحارى والأودية فلا بأس بقتلها لعموم قوله ﷺ «خمس فواسق يقتلن فى الحل والحرم فذكر: الحية والعقرب»^(٤)، وقال ﷺ: «ما سلمناهن منذ حاربهن فمن تركهن مخافة شر فليس منا»^(٥)، وروى أنه ﷺ رخص فى قتل الحية والعقرب فى الصلاة^(٦).

فصل

يجوز قتل الوزغ^(٧) لما نهى عنه، وأنه ﷺ أمر به وسماه فويسقاء^(٨)، ويكره قتل النمل إلا من أذية شديدة لأنه نهى ﷺ عن قتلها^(٩) فأما إذا أذته فله قتلها لأن له إزالته ما يؤذيه من الهوام بالقتل، ويكره ذلك بالنار فى النمل والقمل للشعذيب، وروى «لا يعذب بالنار إلا رب النار»^(١٠)، ويكره قتل الضفادع للنهى عنه، ولأنه لا أذية فيه^(١١).

(١) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/٩٧٥) ح (٣١).

(٢) ثبت فى (١) مطوية.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه مسلم فى الحج (٢/٨٥٦) ح (١١٩٨/٦٧)، والنسائى فى المناسك (٥/١٦٣) باب (ما يقتل فى الحرم من الدواب)، وابن ماجه فى المناسك (٢/١٠٣١) ح (٣٠٨٧)، ومالك فى الموطأ فى الحج (١/٣٥٧) ح (٩٠).

(٥) أخرجه أبو داود فى الأدب (٤/٣٦٥) ح (٥٢٤٨).

(٦) بلفظ «رخص فى قتل الأسودين فى الصلاة». أخرجه العقيلي فى الضعفاء (١/١٠٩).

(٧) قال الفيروزآبادى: الوزغة محرقة: سام أبرص سميت بها لحقتها وسرعة حركتها، انظر القاموس المحيط (٣/١١٥).

(٨) تقدم تخريجه.

(٩) أخرجه أبو داود فى الأدب (٤/٣٦٨) ح (٥٢٦٥)، وابن ماجه فى الصيد (٢/١٠٧٥) ح (٣٢٢٥).

(١٠) ذكره الحافظ الزيلعى وعزاه إلى البزار. انظر نصب الراية (٣/٤٠٨).

(١١) ذكره الشيخ الألبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧١٩)، انظر حاشية العدوى (٢/٤٦٤).

فصل

لا تسافر المرأة إلا مع ذى محرم^(١) لنهيهِ ﷺ أن تسافر المرأة يومًا وليلة إلا مع ذى محرم^(٢)، ولأنه لا يؤمن عليها الفاحشة ولهذا أسقط عنها التغريب فى حد الزنا، وهو فيما عدا سفر الغرض من الحج والخروج من أرض العدو وقد بيناه فيما تقدم.

فصل

يكره للمسافرين من اتخاذ الأجراس فى أعناق الجمل والركاب^(٣) لما روى أن رفقة من مصر أقبلت وفيها جرس فأمر النبي ﷺ بقطعه وقال: «إن الملائكة لا تصحب رفقة فيها جرس»^(٤)، وكذلك تقليد الاوتار منهى عنه لما لا يؤمن منهم أن يؤدين إلى جناية.

فصل

يكره كثرة العمل^(٥) فى المساجد، والتشاغل فيها بالصنائع كالخياطة والخرازة وغيرها، ويستحب تنزيهها من تقليل الأظافر وسائر الأوساخ، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُوا مَعَ اللَّهِ أَحَدًا﴾ [البن: ١٨] وهذه الإضافة تقتضى تعظيمها وإفرادها عما يكون للمخلوقين، وقال جل ذكره ﴿فِي بُيُوتِ أَذُنِ اللَّهِ أَنْ تَرْفَعَ وَيَذْكُرَ فِيهَا اسْمَهُ يُسَبِّحُ لَهُ فِيهَا بِالْغُدُوِّ وَالْآصَالِ رِجَالٌ﴾ [النور: ٣٦] فأخبر عما وضعت له، فوجب ألا يعمل فيها غيره، ولأنها إذا دخلها الأعمال والبيع والشراء كانت كالأسواق وزال تعظيمها ودخلها الغش والكذب ودخول اليهودى والنصرانى وابتذلت ودخلها الكلام والقر والسقط وقول الهجو، وما يذم الجلوس فى الأسواق لأجله وذلك يطل الفرق بينها وبين الأسواق لقوله ﷺ: «خير البقاع المساجد وشرها الأسواق»^(٦)، وأما تنزيهها

(١) ذكره الشيخ الآبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧٠٩)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٥٠).

(٢) أخرجه البخارى فى التقصير (٢/ ٦٥٩) ح (١٠٨٨)، ومسلم فى الحج (٢/ ٩٧٥) ح (١٣٣٨/٤١٤).

(٣) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى (٢/ ١١٤٢).

(٤) أخرجه مسلم فى اللباس (٣/ ١٦٧٢) ح (٢١١٣/١٠٣)، وأبو داود فى الجهاد (٣/ ٢٥) ح (٢٥٥٥)، والترمذى فى الجهاد (٤/ ٢٠٧) ح (١٧٠٣)، وأحمد فى المسند (٢/ ٣٥٢) ح (٧٥٨٣).

(٥) ما أثبتاه من (ب) وهو أولى وفى باقى النسخ (قتل القمل).

(٦) أخرجه الحاكم فى المستدرک (٨/ ٢) وذكره الحافظ الهيثمى وعزاه إلى الطبرانى فى الكبير وقال: =

عن الأقدار والأوساخ فلقوله ﷺ «جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم»^(١) وعلة ذلك ما لا يؤمن أن تكون منهم من البول والأقدار، ولأنه إذا منع فيها من أعمال الصنائع والمعاش كان ما ذكرناه أولى.

فصل

يجوز خصاء الغنم بخلاف الخيل والإبل^(٢)، لما روى أنه ﷺ نهى عن خصاء الجمل^(٣)، وروى أنه ضحى بكبشين أملحين موجئين^(٤) ولم ينكر ذلك ولأن الغنم تراد للأكل فليس في خصائها ما يمنع ذلك بل فيه صلاح للحومها وترطيب لها والخيل تراد للركوب والجهاد^(٥) وذلك ينقص قوتها ويقل نسلها فلذلك كره.

فصل

وتكره السمة^(٦) في الوجوه ولا تكره في غيره^(٧)، لأنه ﷺ نهى عن السمة في الوجه وأرخص فيها في الأذن^(٨) وروى أنه مر به ﷺ حمار قد كوى وجهه فعاب ذلك^(٩)، ويجوز في غيره لأن بالناس حاجة إلى علامات يعرفون بها بهائمهم فجاز في الموضع الذي لا يعود بالضرر.

= فيه عطاء بن السائب وهو ثقة ولكنه اختلط في آخر عمره وبقية رجاله موثقون. انظر مجمع الزوائد (٩/٢).

(١) أخرجه ابن ماجه في المساجد (٢٤٧/١) ح (٧٥٠).

(٢) الإبل: سقطت من (ب).

(٣) أخرجه أحمد في المسند (٣٤/٢) ح (٤٧٦٨)، وذكره الحافظ الهيثمي وقال: فيه عبد الله بن نافع وهو ضعيف. انظر مجمع الزوائد (٢٦٨/٥).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) والجهاد: سقطت من (ل).

(٦) قال الشيخ الآبي: الوسم: أى العلامة بالنار في الوجه. انظر الثمر الداني (ص ٧١٤).

(٧) انظر الثمر الداني (ص ٧١٤)، انظر حاشية العدوى (٤٥٧/٢).

(٨) أخرجه مسلم في اللباس (١٦٧٣/٣) ح (٢١١٦/١٠٦)، وأبو داود في الجهاد (٢٧/٣) ح

(٢٥٦٤)، وأحمد في المسند (٣٩٦/٣) ح (١٤٤٧٢).

(٩) تقدم تخريجه.

فصل

من رأى فى منامه بعض ما يكره تفل عن يساره ثلاثاً وتعوذ بالله من شر ما رآه^(١)، لقوله ﷺ: «الرؤيا الصالحة من الله والحلم من الشيطان فإذا رأى أحدكم شيئاً يكرهه فلينفث عن يساره ثلاث مرات إذا استيقظ وليتعوذ بالله من شرها ، فإنها لن تضره إن شاء الله»^(٢).

ويجب أن يفسرها من له علم بها لأنها أصلاً لا يؤمن عليها إذا فسرها من لا يعلم أن يكذب أو يخمن لعموم قوله تعالى : ﴿ولا تقف ما ليس لك به علم﴾ [الإسراء: ٣٦].

فصل

السبق^(٣) جائز بالخيال والإبل وبالسهم وبالرمي^(٤) والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل﴾ [الأنفال: ٦٠]، وقال ﷺ: «ألا أن القوة الرمي»^(٥)، [وقال ﷺ: «لا سبق إلا فى نصل أو حافر»^(٦)] ^(٧) وروى أنه ﷺ سابق بين

(١) ذكره الشيخ الآبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧١٥)، انظر حاشية العدوى (٢/٤٥٩).

(٢) أخرجه البخارى فى الطب (١٠/٢١٩) ح (٥٧٤٧)، ومسلم فى الرؤيا (٤/١٧٧١) ح (٢٢٦١/١).

(٣) قال الفيروزآبادى: السبق محركة: الحَطَرُ يُوضع بين أهل السباق. انظر القاموس المحيط (٢٤٣/٣).

وقال الشيخ أحمد الدردير: هى المال يوضع بين أهل السباق. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٢٠٨/٢).

(٤) ذكره الشيخ الآبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧١٧)، انظر حاشية العدوى (٢/٤٦٢)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٢٠٨/٢).

(٥) أخرجه مسلم فى الإمامة (٣/١٥٢٢) ح (١٩١٧/١٦٧)، وأبو داود فى الجهاد (٣/١٣) ح (٢٥١٤)، وابن ماجه فى الجهاد (٢/٩٤٠) ح (٢٨١٣)، وأحمد فى المسند (٤/١٩٤) ح (١٧٤٤٢).

(٦) أخرجه أبو داود فى الجهاد (٣/٢٩) ح (٢٥٧٤)، والترمذى فى الجهاد (٤/٢٠٥) ح (١٧٠٠) هذا حديث حسن، والنسائى فى الخيل (٦/١٨٨) باب (السبق)، وابن ماجه فى الجهاد (٢/٩٦٠) فى (٢٨٧٨)، وأحمد فى المسند (٢/٣٤٣) ح (٧٥٠١).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

الخيل التي أضمرت^(١)، وسابق بناقته الفصواء^(٢).

فصل

السباق بالبغال والحمير لا يجوز، خلافاً لأحد وجهي أصحاب الشافعي^(٣)، لأن الغرض بالسباق قتل العدو ولا يتأتى ذلك في البغال والحمير لأنها لا تصلح للكر والفر وإنما تصلح له الخيل وحدها ألا ترى أنه لا يسهم لهما.

فصل

يجوز أن يخرج الرجل سباقاً فإن سبقه غيره أخذه وإن سبق هو كان الذي أخرجه لمن يليه، ولا يرجع السبق إلى مخرجه^(٤)، وإن جعلاً محلاً يأخذ السبق جاز إذا أمنا أن يسبقاه، والأصل فيه قوله ﷺ: «من أدخل فرساً بين فرسين وقد أمن أن يسبقهما فهو قمار فإن لم يأمن فليس بقمار»^(٥)، ولأنه إذا أمن أن يؤخذ سبقه ورجاء أن يؤخذ سبق غيره حصل المعنى المقصود منه فجاز، وإنما منعنا رجوع السبق إلى مخرجه اعتباراً بالولى لأنه لا يكون في إخراج السبق فائدة، قال محمد بن عبد الحكم: هذا أحد قوليه وعلى الوجه الآخر يجوز وهو النظر.

(١) أخرجه البخاري في الجهاد (٨٣/٦) ح (٢٨٦٨)، ومسلم في الإمارة (١٤٩١/٣) ح (١٨٧٠/٩٥).

(٢) أخرجه البخاري في الجهاد (٨٦/٦) ح (٢٨٧١)، ومسلم في الجهاد (١٤٣٢/٣) ح (١٨٠٦/١٣١).

(٣) قال الشيخ الشيرازي: وهو أحد قولي الشافعي. انظر المذهب (٤١٣/١).

(٤) ذكره الشيخ العدوي. انظر حاشية العدوي (٤٦٣/٢)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢١٠، ٢٠٩/٢).

(٥) أخرجه أبو داود في الجهاد (٣٠/٣) ح (٢٥٧٩)، وابن ماجه في الجهاد (٩٦٠/٢) ح (٢٨٧٦).

باب

فى فضل المدينة والصلاة بها وفضل مالك

- رحمه الله - وترجيح مذهبه

المدينة عند أصحابنا أفضل البقاع كلها، خلافاً لأبى حنيفة والشافعى وغيرهما من تفضيل مكة عليها^(١)، لما روت عمرة بنت عبد الرحمن عن رافع بن خديج أن النبى ﷺ قال: «المدينة خير من مكة»^(٢) هذا نص، ولقوله: «إن إبراهيم عبدك وخليلك ونيبك وإنى عبدك ونيبك وإنه دعا لمكة، وأنا أدعو للمدينة بمثل ما دعاك به لمكة ومثله معه»^(٣)، وهذا صريح فى أنها أفضل لأن تضعيف الدعاء لها إنما هو لفضلها على ما قصر عنها، وقوله ﷺ: «لا يصبر على لأوائها وشدتها أحد إلا كنت له شهيداً أو شفيحاً يوم القيامة»^(٤) وتخصيصه ذلك يدل على أنه لا زيادة على فضيلتها، وقوله: «لا يخرج أحد عن المدينة رغبة عنها إلا أبدلها الله خيراً منه»^(٥)، وقوله - فى الأعرابى الذى بايعه ثم قال: أقلنى بيعتى -: «المدينة كالكير ينفى خبثها وينصع طيبها»^(٦)، وقوله ﷺ: «اللهم إنهم أخرجونى من أحب البقاع إلى فأسكنى أحب البقاع إليك»^(٧) وهذه ظواهر أقوى من النصوص وقوله: «أمرت بقرية تأكل القرى يقال لها يثرب وهى المدينة تنفى الناس

(١) قال الإمام النووى: هذا قول أهل مكة وأهل الكوفة وابن وهب وابن حبيب المالكيان وهو قول الشافعى، انظر شرح مسلم للنووى (١٦٤/٩).

(٢) ذكره الحافظ الهيثمى وعزاه إلى الطبرانى وفيه محمد بن عبد الرحمن بن داود وهو مجمع على ضعفه. انظر مجمع الزوائد (٣/٣٠١ - ٣٠٢).

(٣) أخرجه مسلم فى الحج (٢/١٠٠٠) ح (١٣٧٣/٤٧٣)، ومالك فى الموطأ فى الجامع (٢/٨٨٥) ح (٢).

(٤) أخرجه مسلم فى الحج (٢/١٠٠٤) ح (١٣٧٧/٤٨١)، ومالك فى الموطأ فى الجامع (٢/٨٨٥) - (٢/٨٨٦) ح (٣).

(٥) أخرجه مالك فى الجامع (٢/٨٨٧) ح (٦).

(٦) أخرجه البخارى فى فضائل المدينة (٤/١٠٤) ح (١٨٧١)، ومسلم فى الحج (٢/١٠٠٦) ح (١٣٨٢/٤٨٨).

(٧) أخرجه الحاكم فى المستدرک (٣/٣).

كما تنفى الكبير خبث الحديد^(١)، وقوله ﷺ: «تأكل القرى»^(٢) إلا رجوع فضلها عليها وزيادتها على غيرها، وقوله: «إن الإيمان ليأرز إلى المدينة كما تأرز الحية إلى جحرها»^(٣) وتخصيصه إياها بذلك يدل على فضلها على جميع البقاع التى لا يوجد هذا المعنى فيها لقوله ﷺ: «ما بين قبرى ومنبرى روضة من رياض الجنة»^(٤)، وقد علم أنه خصص ذلك الموضع منها لفضله على بقيتها فكان بأن يدل على فضلها على ما سواها أولى، وقوله ﷺ «على أنقاب المدينة ملائكة لا يدخلها الطاعون ولا الدجال»^(٥) وهذا بين عن فضلها على البقاع التى لم تحرس من ذلك، وقوله: «اللهم حبب إلينا المدينة كحبنا مكة أو أشد»^(٦)، ولا يجوز أن يسأل ربه أن يحبب إليه الأدنى على الأعلى، وما روى من إنكار عمر رضى الله عنه على عبد الله بن عياش المخزومى فى قوله: مكة خير من المدينة فقال: أنت القائل لمكة خير من المدينة فقال هى حرم الله وأمنه فقال عمر: لا أقول فى حرم الله ولا فى أمنه شيئاً^(٧).

ولا أحد أنكر عليه هذا الإنكار، ولأن رسول الله ﷺ مخلوق منها وهو خير البشر فتربتها أفضل التربة، ولأن فضل الهجرة يوجب أن يكون المقام بها طاعة وقرية والمقام بغيرها ذنباً ومعصية وذلك دال على فضلها على سائر البقاع.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخارى فى فضائل المدينة (١٠٤/٤) ح (١٨٧١)، ومسلم فى الحج (١٠٠٦/٢) ح (١٣٨٢/٤٨٨).

(٣) أخرجه البخارى فى فضائل المدينة (١١١/٤) ح (١٨٧٦)، ومسلم فى الإيمان (١٣١/١) ح (١٤٧/٢٣٣).

(٤) أصله عند البخارى ومسلم بلفظ: «ما بين بيتى ومنبرى روضة من رياض الجنة». أخرجه البخارى فى فضل الصلاة فى مسجد مكة والمدينة (٨٤/٣) ح (١١٩٥)، ومسلم فى الحج (١٠١٠/٢) ح (١٣٩٠/٥٠٠).

(٥) أخرجه البخارى فى فضائل المدينة (١١٣/٤) ح (١٨٧٩)، ومسلم فى الحج (١٠٠٥/٢) ح (١٣٧٩/٤٨٥).

(٦) أخرجه البخارى فى مناقب الأنصار (٣٠٨/٧) ح (٣٩٢٦)، ومسلم فى الحج (١٠٠٣/٢) ح (١٣٧٦/٤٨٠).

(٧) أخرجه مالك فى الموطأ فى الجامع (٨٩٤/٢) ح (٢١).

فصل

الصلاة في كل المساجد متساوية الفضيلة إلا في المساجد الثلاثة المسجد الحرام ومسجد النبي ومسجد إيليا، والأصل فيه قوله ﷺ «لا تشد المطى إلا إلى ثلاثة فذكرها»^(١) وقوله ﷺ «صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام»^(٢).

فصل

فإذا ثبت هذا فالصلاة في مسجده أفضل من الصلاة في المسجد الحرام في الجملة، فأما تحديد ما يفضل به عليه فلم يرد خبر ولا يوجب نظر، وقد قيل إنه بدون الألف وأظن قد قيل غيره، وإنما قلنا ذلك في الجملة لأنه إذا ثبت بما ذكرناه فضيلة المدينة على مكة كانت الصلاة في مسجدها أفضل لا محالة ويكون استثناء المسجد الحرام من تفضيل الصلاة في مسجد الرسول ﷺ على سائر المساجد وهو مقدار الفضيلة لا في أصلها فكأنه قال ﷺ الصلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام فهو أفضل منه بدون ألف كفضل مكة على غيرها، فكانت لها بذلك مزية على سائر المساجد كما كان للمدينة مزية على مكة وذلك المقدار لا يعلم إلا بتوقيف فلذلك وقفنا في تقديره.

فصل

إجماع أهل المدينة نقلاً حجة تحرم مخالفته ومن طريق الاجتهاد مختلف في كونه حجة، والصحيح عندنا أنه يرجح به على غيره ولا يحرم الذهاب إلى خلافه، فأما إجماعهم من طريق النقل أو ما في معناه: فإنه ينقسم إلى نقل قول ونقل فعل ونقل إقرار ونقل ترك وعليه بنى أصحابنا الكلام في كثير من مسائلهم واحتجوا به على مخالفهم وتركوا له أخبار الأحاد والمقاييس وهو مثل نقل الأذان والإقامة وتقديم الأذان للفجر قبل وقتها والصاع والمد وترك أخذ الزكاة من الخضروات وإثبات الأحباس

(١) أخرجه البخاري في فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة (٧٦/٣) ح (١١٨٩)، ومسلم في الحج (١٠١٤/٢) ح (١٣٩٧/٥١١).

(٢) أخرجه البخاري في فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة (٧٦/٣) ح (١١٩٠)، ومسلم في الحج (١٠١٣/٢) ح (١٣٩٥/٥٠٩).

والوقوف وغير ذلك ودليلنا على كونه حجة: اتصال نقله على الشرط المراعى فى التواتر من تساوى أطرافه وامتناع الكذب والتواطء والتواصل والتشاعر على ناقله وهذه صفة ما يحج نقله^(١)، ولا معتبر^(٢) لقولهم إنه لم يثبت هذه الصفة لنقلهم لأن الذين نقلوا ذلك هم الذين نقلوا موضع قبره ومنبره ﷺ وهم أهل المدينة قرناً بعد قرن وخلفاً عن سلف ولدك عن والد وآخر عن أول، وكذلك قال مالك رحمه الله لما احتج لإثبات الوقوف فقال: هذه صدقات رسول الله ﷺ وأحباسه مشهورة عندنا بالمدينة معروفة، ولمسائلها رجع أبو يوسف إلى القول بأن مقدار الصاع ما يقوله أصحابنا وترك مذهب أبى حنيفة لما رأى^(٣) من تواتر النقل وتناصره من الخلف عن السلف، وإذا ثبت ذلك صح ما قلنا، ومن ذهب إلى أن إجماعهم^(٤) من طريق الاستنباط والاجتهاد حجة احتج بأن لأهلها من المزية بمشاهدة خطاب رسول الله ﷺ وسماع كلامه والمعرفة بأسباب خطابه وألفاظه ومخارج أقواله ما ليس لغيرهم ممن نأى وبعد عنه، وقد ثبت أن من حملت له هذه المزية كان أعرف بطرق الاستنباط ووجوه الاجتهاد والاستخراج فكانوا حجة بما يجتهدون فيه، ولأن السنن والأحكام منها ابتدأت وعنهما انتشرت إلى غيرها من الآفاق: فإذا وجدناهم مجمعين على ما لم يتبين نقله ولا اشتهر أنه توقيف حملوا فيه على أنهم عرفوا منه ما لم يعرف غيرهم لأنه ليس إلا ذلك، والقول بأنهم غيروا أو ما عرفوا [.....]^(٥) ما علموه وذلك ممتنع مع عدالتهم ونزاهتهم ووجه القول بأنه ليس بحجة وهو الذى كان يقول شيخنا أبو بكر [الأبهري]^(٦) وكافة البغداديين من أصحابنا إلا اليسير منهم [لأنهم بشر يخطئ ويصيب والعصمة]^(٧) تثبت لجميع الأمة دون بعضها فلا يؤمن معهم، وقد وقع الخطأ فى بعض ما اجتهدوا فيه وهذا زيادة منهم على [.....]^(٨) التبديل والتغيير.

(١) ثبت فى (ب) فعله.

(٢) ثبت فى (أ) معتد.

(٣) لما رأى: سقطت من (أ).

(٤) ثبت فى (ب) اتباعهم.

(٥) طمس فى (أ)، (ب).

(٦) طمس فى (أ، ب) ولعل الصحيح ما أثبتناه.

(٧) طمس فى (أ، ب) ولعل الصحيح ما أثبتناه.

(٨) طمس فى (أ، ب).

فصل

إذا ثبت أنه ليس بحجة ولا تحرم مخالفته وهو أولى من اجتهاد غيرهم إذا اقترن بأحد الخبرين المعارضين رجح به على ما عرى عنه، ودليلنا أن الترجيح مطلوب به قوة [بحيث يكون القول الذى]^(١) يقارنه أقرب إلى الحق وأولى بالصواب، وذلك لأن لأهل المدينة بما ذكرناه من مزية المعاينة والرجحان بالمشاهدة والمعرفة بمخارج الكلام [وسبب]^(٢) الأحكام ما ليس لغيرهم من راجع إلى نقل فكان اجتهادهم أولى لأن سببه الذى بنى عليه أقوى، ولقوله ﷺ: «إن الإيمان ليأرز إلى المدينة كما تأرز الحية إلى جحرها»^(٣) وذلك يفيد أن اجتهادهم إلى الصواب أقرب وعن الخطأ أبعد، وبذلك احتج من رجح اجتهاد عمر رضى الله عنه على اجتهاد غيره قوله ﷺ: «إن الحق ينطق على لسان عمر وقلبه»^(٤)، ولأن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يتوقفون عن الفتيا فى الحادثة إذا نزلت بهم وهم غائبون عن المدينة ويؤخرون ذلك إلى وقت عودهم إليها وروى عن ابن مسعود وابن عمر وأشار به عبد الرحمن على عمر^(٥)، وذلك لأن اعتقادهم أن الاجتهاد بها أقوى، وأن النفوس بها أشرح والصدور بها أرحب وأفصح والتبين والتبصر بها أبهج وأوضح، وقد صرح بذلك عبد الرحمن بن عوف فى قوله لعمر بن الخطاب: أمهل يا أمير المؤمنين لتقدم دار الهجرة وبها الصحابة، وهذا واضح فيما قلناه بحمد الله.

فصل

إذا روى خبر من أخبار الآحاد فى مقابلة عملهم المتصل وجب إطرأحه والمصير إلى عملهم لأن هذا العمل طريقه طريق النقل المتواتر فكان إذن أولى من أخبار الآحاد^(٦). وذلك مثل ما ذكرناه فى نقل الأذان، ووجوب المعاقلة بين الرجل والمرأة، وتقديم الأذان على الفجر وما فى معناه، وحمل ذلك على [غلط]^(٧) راويه أو نسخه أو غير ذلك مما

(١) طمس فى (ب) ولعل الصحيح ما أثبتناه.

(٢) طمس فى (أ، ب) ولعل الصحيح ما أثبتناه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه الترمذى فى المناقب (٦١٧/٥) ح (٣٦٨٢) وقال: حديث حسن غريب من هذا الوجه.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ثبت فى (أ) الأخبار.

(٧) طمس فى (أ، ب) ولعل الصواب ما أثبتناه.

يجب إطراحه لأجله، وليس هذا من القول بأننا لا نقبل الخبر حتى يصحبه العمل فى شىء لأنه لو ورد خبر فى حادثة^(١) لا نقل لأهل المدينة فيه لقبلائه وإن كنا نطرحه إذا عاد برفع النص، وهذا مذهب السلف وأكابر التابعين مثل سعيد بن المسيب إذ أنكر على ربيعة معارضته إياه فى المعاقلة وأبى الزناد^(٢) وأبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وغيرهم، وقد ذكرناه فى المواضع وقد استوفيناه فيها.

فصل

إذا اختلف العلماء وتنازعوا فى حكم ما: فالواجب الرجوع إلى النظر والاجتهاد فى طلب الحكم من الأدلة التى هى مظانه^(٣) ومواضع طلبه وهى: الكتاب والسنة والإجماع والقياس والعمل^(٤) واعتقاد ما يؤدى صحيح النظر فى ذلك إليه ويقف^(٥) المجتهد عليه ولا يفتقدون الحق فى أقاويل المختلفين فى قول فلان دون قول غيره، ولا فى مذهب دون ما سواه من [المذاهب]^(٦) إلا أن يكون الدليل قد قام عنده على صحته وعين له الحق به، فإن قيل أتراكم تعتقدون مذهب مالك بن أنس رحمه الله وتختارونه^(٧) دون غيره من مذاهب المخالفين وتخبرون عن صوابه وتأمرون المبتدئ بدرسه فخبرونا عن موجب ذلك عندكم أهو تقليدكم له وإنكم صرتم إليه لأنه قاله أو لأن الدليل عندكم قام عليه، قيل له: قد فرغنا من الجواب عن هذه المطالبة فى العقد الذى عقدناه وجملته: أنا لم نصر إلى قوله إلا وقد علمنا صحته وعرفنا صحة الأصول التى بنى عليها واعتمد فى اجتهاده على الرجوع إليها فلما عرفنا ذلك من مذهبه عقدناه وحكمنا بصوابه، إن قيل: فهذا حجتكم فيما تعتقدونه فى نفوسكم فما حجتكم فى إرشادكم على المبتدئ الذى لم يعرف من حاله ما عرفتم منه^(٨) وتعويلكم به عليه وترجيحكم له فى الجملة على غيره، قيل له: فأما إرشادنا المبتدئ إليه وأمرنا إياه بدرسه واعتقاده فلا أنه

(١) فى حادثة: سقطت من (ب).

(٢) ثبت فى (١) أبى الزباد.

(٣) ثبت فى (ب) مكانه.

(٤) ثبت فى (ب) والعبرة.

(٥) ثبت فى (أ) وينفذ.

(٦) طمس فى (أ، ب) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٧) ثبت فى (ب) وتتخلونه.

(٨) ثبت فى (ب) إليه.

استرشدنا إلى الصواب الذى يجب أن يعتقد وقد عرفنا أن ذلك هو الصواب فلذلك
 أرشدناه إليه، وأما ترجيحنا إياه على غيره من المذاهب فلقوله ﷺ: «يوشك أن يضرب
 الناس أكباد الإبل فى طلب العلم فلا يجدوا من عالم أعلم من بالمدينة»^(١) فالدلالة فى
 هذا من موضعين: إحداهما إخباره بأن من ينطبق عليه هذا الاسم أعلم أهل وقته ولم
 نجد هذا [فى غيره]^(٢) ولا موصوفاً به سواه، حتى إذا قيل هذا قول عالم المدينة وإمام
 دار الهجرة عقل من ذلك أنه المراد به فاكتفى به عن أن يقال: إنه مالك بن أنس [ولم
 يؤد]^(٣) سمعه إلى استفهام عليه، ولا يعرض له توقف فيه للعرف الذى فى الغالب
 قصره عليه وانتفاء الشركة عنه فيه كما إذا قيل هذا قول الشافعى أنه أراد بذلك قول
 محمد بن إدريس دون غيره [.....]^(٤).

[انتهى كتاب المعونة على مذهب عالم المدينة]

وصلى الله على سيدنا محمد]

(١) أخرجه الترمذى فى العلم (٤٧/٥) ح (٢٦٨٠) وقال: حديث حسن، وأحمد فى المسند
 (٤٠٠/٢) ح (٧٩٩٩)، والبيهقى فى الكبرى (٥٦٧/١) ح (١٨١٠)، والحاكم فى المستدرک
 (٩١/١).

(٢) طمس فى (أ)، (ب) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٣) طمس فى (أ، ب) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٤) طمس فى الأصل بمقدار ثلاثة أسطر.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
١٤ - كتاب البيوع	٣
باب فى بيع المزبنة	١٠
باب المبيعات على ضررين	١٤
باب المبيع على ثلاثة أضرب	٢٠
باب القرض	٣٤
باب فى بيع السلم قبل قبضه	٣٧
باب فى بيع الثمار	٣٩
باب فى العرية	٤٧
باب فى منع التفاضل فى بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة	٥١
باب فى بيع الغرر	٥٦
باب فى الخيار	٦٥
باب فى بيع السلعة المعيبة	٧١
باب فى عهدة العبد والامة	٨٢
باب فى منع التفرقة فى البيع بين الامة وولدها	٨٧
باب فى التصرية	٨٨
باب فى اختلاف المتبايعان فى مقدار الثمن	٩١
باب فى الاستبراء	٩٤
١٥ - كتاب الإجازات	٩٨
باب فى الجعالة	١١٩
١٦ - كتاب القراض	١٢٢
١٧ - كتاب المساقاة وكراء الأرض والمزارعة	١٣١
باب فى كراء الأرض	١٣٧
١٨ - كتاب الشركة	١٣٩
١٩ - كتاب الرهون	١٤٤
٢٠ - كتاب الحجر	١٥٨

الموضوع	الصفحة
باب فى الحجر على المفلس	١٦٥
باب فى حلول الدين المؤجل	١٦٨
باب إذا انجر العبد فأدان بغير إذن سيده	١٧١
٢١ - كتاب الصلح	١٧٣
باب فى إحياء الموات	١٧٥
باب الوديعة	١٨٢
باب العارية	١٨٥
٢٢ - كتاب الغصب والتعدى	١٨٧
باب الاستحقاق	١٩٦
٢٣ - كتاب الحوالة	١٩٩
باب الجمالة	٢٠١
٢٤ - كتاب الوكالة	٢٠٥
٢٥ - كتاب الإقرار	٢١٠
٢٦ - كتاب اللقطة	٢٢٢
٢٧ - كتاب الشفعة	٢٢٧
٢٨ - كتاب القسمة	٢٤٠
باب اللقيط	٢٤٦
٢٩ - كتاب الجراح	٢٤٧
باب فى اشتراط تكافؤ الدماء فى القصاص	٢٤٨
باب فى أنواع القتل	٢٥٣
باب فى أنواع الدية	٢٦٣
باب من الديات	٢٧٠
باب فى دية المرأة والكتابى والمجوسى والعبد	٢٧٦
باب فى القسامة	٢٨١
باب الدية موروثة	٢٩٠
باب فى دية الجنين	٢٩٢
باب فى الردة	٢٩٤

الموضوع	الصفحة
باب فى حد السحر	٢٩٧
باب فى غسل المقتول من الفئة الباغية والصلاة عليه	٢٩٨
باب فى الحراية	٢٩٩
باب فى صائل الفحل	٣٠٢
٣٠ - كتاب الحدود فى الزنا	٣٠٥
باب فى حد الزانى البكر	٣١١
باب فيما يثبت به الزنا	٣١٤
باب فى حد القذف	٣٢٩
٣١ - كتاب القطع	٣٣٧
٣٢ - كتاب العتق	٣٥٤
باب فىمن أعتق فى مرضه عبيد لا مال له غيرهم	٣٦٣
باب الولاء	٣٧٠
٣٣ - كتاب المكاتب	٣٧٩
٣٤ - كتاب المدبر	٣٩٥
٣٥ - كتاب أمهات الأولاد	٤٠١
٣٦ - كتاب الأقضية والشهادات والدعاوى والبيئات وما يتعلق بذلك	٤٠٨
باب العدالة معتبرة فى الشهادة وشرط فى قبولها	٤٢٢
باب فى القدر الذى يلزم فى التزكية	٤٤٠
باب تحمل الشهادة فرض فى الجملة	٤٤٢
باب فى أقسام البيئة	٤٤٤
باب فى شهادة الأعمى والأخرس	٤٥٦
باب فى الدعاوى والبيئات	٤٦٣
٣٧ - كتاب الحبس والوقوف والصدقة والعمرى والرقبى وما يتصل بذلك	٤٨٤
باب عقد الصدقة والهبة يصح ويلزم من غير قبض	٤٩٧
٣٨ - كتاب الوصية	٥٠٧
٣٩ - كتاب الموارث	٥٣١
باب فىمن يرثون من الرجال والنساء	٥٤٠

الموضوع	الصفحة
باب فيمن يحبون	٥٤٤
باب فى ترتيب الموارىث على النسب	٥٥٣
باب فى اجتماع الفروض	٥٦٣
٤٠ - كتاب الجامع	٥٦٦
باب فى السلام	٥٧٠
باب فى فضل المدينة والصلاة بها وفضل مالك رحمه الله، وترجيح مذهبه	٦٠٥
الفهرس	٦١٣
